

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XIX - Nuova serie
N. 1/2010 (gennaio-aprile)

INDICE

Editoriale di Giuseppe Verde 3

DOTTRINA

FRANCESCO ASTONE

Il recepimento della direttiva ricorsi: profili problematici delle scelte operate dal legislatore nazionale 7

MARCELLO CECCHETTI

Le riforme costituzionali del 1999-2001 sulla forma di stato dieci anni dopo 35

ALFONSO CELOTTO

Convenzione europea dei diritti dell'uomo "e"/"o" Carta di Nizza 45

MARIO SERIO

Riorganizzazione del Sistema di Giustizia Sportiva e funzione nomofilattica delle Corti Federali di ultima istanza 57

MARIO R. SPASIANO

Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità 71

MARIA CRISTINA CAVALLARO

La responsabilità dell'amministrazione per omessa vigilanza sull'attività urbanistico edilizia 93

GREGORIO DE VINCI
Procedimenti comunitari e amministrazioni nazionali operanti in funzione comunitaria 115

GIUSEPPE MARTINICO
Dalla nozione alle tipologie: appunti sul diritto delle fonti nell'ordinamento dell'Unione Europea 141

ANTONIO LEO TARASCO
Amministrazione di qualità e controlli efficaci: un'endiadi possibile nella nuova "azione per l'efficienza"? 167

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE – Sentenza 16 luglio 2009, n. 236 203
con nota di LAURA LORELLO, *Ancora un tassello per la valenza costituzionale del principio della tutela del legittimo affidamento?*

CORTE COSTITUZIONALE – Sentenza 14 gennaio 2010, n. 4 209
con nota di ANTONELLA SCIORTINO, *La corte ha detto sì alla preferenza di genere. Brevi riflessioni sulla rappresentanza politica di genere*

OSSERVATORIO PARLAMENTARE ARS 219

RASSEGNE

Rassegna delle decisioni del Consiglio di Stato - Speciale in tema di efficacia del provvedimento amministrativo limitativo della sfera giuridica dei privati 249
di SALVATORE DETTORI

Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa 263
di PAOLA SAVONA

Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali - Speciale in tema di efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati 275
di SARA FORASASSI

EDITORIALE

Testo in arrivo

Giuseppe Verde

Dottrina

Il recepimento della direttiva ricorsi: profili problematici delle scelte operate dal legislatore nazionale

di Francesco Astone

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il ruolo della Corte di Giustizia nell'ordinamento comunitario: il sindacato sul corretto esercizio del potere, la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale ed il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri. - 3. Le basi normative dell'intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici: i Trattati istitutivi. - 4. I perché della scelta dello strumento della direttiva per l'intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici; la risposta della amministrazione pubblica nazionale al diritto comunitario degli appalti pubblici. - 5. L'effettività della tutela in materia di appalti pubblici (tra mezzi di ricorso e rispetto del principio di concorrenza): le direttive ricorsi di prima generazione. - 6. La direttiva n. 66/2007: profili generali. - 7. Origini ed obiettivi della direttiva ricorsi. - 8. I contenuti caratterizzanti. - 9. L'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88. - 10. Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi (d.lgs. n. 53 del 2010). - 11. Sulle scelte operate dal legislatore nazionale: alcuni profili problematici.

1. *Premessa*

La armonizzazione della disciplina della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici, anche sul piano interno, procede dalla giurisprudenza comunitaria in ordine all'obbligo, per gli Stati membri, di garantire la piena accessibilità a mezzi di ricorso rapidi ed efficaci avverso le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici; e dal diritto positivo comunitario in materia di effettività della tutela giurisdizionale, in specie con riferimento alla direttiva *ricorsi* n. 66/2007 ed alle esigenze del suo recepimento, cui il legislatore ha provveduto con il recentissimo decreto legislativo n. 53 del 2010.

In via preliminare, mette conto rammentare che i profili di diritto comunitario rilevanti, alla luce della tendenziale inscindibilità tra il segmento di tutela che viene assicurato a livello europeo rispetto a quello di competenza dei giudici nazionali, vanno ricercati sia nell'ordinamento europeo che nell'ambito della attività giurisdizionale interna in controversie che implicino (o impongano) l'applicazione del diritto europeo o la valutazione circa la legittimità di atti adottati da amministrazioni nazionali che agiscono in funzione comunitaria: in tal

caso, i giudici interni operano anch'essi in qualità di corti comunitarie. I due ordini giurisdizionali (quello europeo e quelli nazionali), pur distinti, sono infatti entrambi garanti del rispetto del diritto comunitario, in uno stretto legame tra sistemi di tutela giudiziaria al cui vertice sta la Corte di giustizia¹, la quale aveva per tempo ed opportunamente avvertito – alla luce della constatazione che il diritto comunitario, in quanto investe l'esercizio di *poteri*, è soprattutto diritto pubblico, che si rivolge alle istituzioni pubbliche per la propria applicazione, o che trova nelle amministrazioni pubbliche i propri destinatari – su come “*l'azione delle istituzioni comunitarie fosse assoggettata alle norme generali del diritto amministrativo*”².

A ciò va aggiunto, peraltro, che l'ordinamento europeo non si fonda soltanto su testi normativi scritti, ma si caratterizza piuttosto per il pervasivo ruolo del giudice comunitario nella edificazione stessa di quel sistema giuridico³: in proposito è stato recentemente rilevato come il tessuto ordinamentale dell'Unione europea si sia progressivamente “... *consolidato nel corso del tempo grazie alla presenza massiccia di un diritto pretorio (la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado ...), diritto – quest'ultimo – che ha seguito canali propri e spesso anticipato i mutamenti delle revisioni formali*”⁴. Il diritto comunitario è anche quindi quello che risulta dalla sua elaborazione giurisprudenziale, frutto di un dialogo tra Corti, in un “sistema” di tutela “multilivello” dei diritti⁵ ed in una cornice interordinamentale che, a tutt'oggi, è connotata dalla (relativa) autonomia tra ordinamento comunitario ed ordinamenti degli Stati membri⁶.

¹ Vedi anche, se vuoi, F. ASTONE, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: i profili di diritto comunitario*, in corso di pubblicazione in *Annuario AIPDA 2009* e *Studi in onore di Alberto Romano*; per una trattazione sistematica, F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

² Corte giust. CE, in cause riunite 43, 45 e 48/59, 15.07.1960, *Lachmüller*, come rammentano A. MASSERA, M. SIMONCINI, F. SPAGNUOLO, in *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, 2, in *Astrid on line*, 2009.

³ Cfr. G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, nel *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, diretto da M.P. Chiti e Guido Greco, Tomo secondo - Parte generale, Giuffrè, seconda edizione, 2007, 697 ss.; C.E. GALLO, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari*, in *Annuario AIPDA 2007*, Atti del Convegno annuale *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Bologna 27/28 settembre 2007, Editoriale Scientifica, 2008, in specie 243.

⁴ Così C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corte europea ad una svolta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Giuffrè, 2009, 2.

⁵ Cfr. per tutti V. SCARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2008, 343 ss. e A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti* nel volume *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti e momenti di stabilizzazione*, a cura di P. Bilancia e E. De Marco, Milano, 2004, 97 ss. e 109 ss.

⁶ Va rammentato tuttavia che, in materia di tutela di diritti fondamentali, non è sufficiente il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia, dato che in tale ottica rilevano anche i diritti in-

2. *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'ordinamento comunitario: il sindacato sul corretto esercizio del potere, la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale ed il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri*

Per parte sua, la Corte comunitaria ha percepito il proprio ruolo come posto a garanzia della consolidazione di un ordine legale che assicurasse la realizzazione degli obiettivi enunciati nel Trattato istitutivo, che costituisce il primo essenziale momento di definizione di un punto di equilibrio tra gli interessi nazionali e quello che solo più tardi – rispetto al ruolo effettivo assunto dalle Istituzioni della Comunità ed alle decisioni da essa adottate – sarà individuato come interesse comune europeo⁷.

Nello svolgimento di tale funzione la Corte di giustizia non si è ritenuta vincolata in negativo dalla scarsità di basi normative testuali, mostrando piuttosto di considerare il Trattato come una cornice, con alcuni essenziali punti di riferimento individuabili nelle norme di cui agli articoli 2 (ossia promuovere uno sviluppo equilibrato delle attività economiche, una crescita sostenibile, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale), 3 (ovvero la indicazione degli strumenti per realizzare gli scopi indicati nell'art. 2), 4 (ove è delineato l'assetto istituzionale creato per la realizzazione dei compiti) 5 (ovvero l'obbligo degli Stati di garantire l'effettività del diritto comunitario e delle iniziative degli organi della Comunità) e 164 (e cioè il rispetto del diritto nella interpretazione e applicazione del Trattato), assurgendo – piuttosto – a protagonista della edificazione (e della difesa) di un sistema legale in grado di consentire la piena realizzazione del diritto comunitario e mostrando di saper interpretare i caratteri peculiari e caratterizzanti dell'“ordinamento di nuovo genere”⁸ (quello comunitario, appunto, che pur avendo una fonte autonoma di derivazione internazio-

dividuati nella Cedu, che integrano il diritto comunitario alla luce della adesione dell'UE alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. L'adesione dell'UE alla Cedu comporta che il giudicato della Corte Europea vincola direttamente il giudice interno, senza che vi sia alcuna necessità di sollecitare l'intervento della Consulta.

⁷ Sul punto, F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione Europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Giappichelli, Torino, 2008, in specie 64/65; o anche, F. ASTONE, *Definizione e qualificazione degli interessi nella gestione delle politiche e dei programmi comunitari*, Relazione al Convegno *L'interesse pubblico nell'esercizio della funzione di indirizzo politico*, Cassino, 26/27 marzo 2009, in corso di pubblicazione su *Atti del Convegno e Scritti in onore del Prof. Roberto Marrama*. Sul peso dei gruppi di pressione nel *policy-making* comunitario, cfr. C. RUZZA, *I gruppi d'interesse dell'Unione europea*, in S. FABRINI (a cura di), *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sopranazionale*, Bari, Laterza, 2002.

⁸ Chiariti già in *Costa c/ E.N.E.L.*, sentenza 15 luglio 1964, in causa 6/64, pubblicata in *Raccolta*, 1964, 1141 e – con annotazioni di P. GORI, *La preminenza del diritto della Comunità Europea sul diritto interno degli Stati membri* – in *Giur. it.*, 1964, I, 1073.

nale, esprime valori e produce norme giuridiche efficaci non esclusivamente nei confronti dei Paesi aderenti, ma anche nei confronti dei loro soggetti di diritto; e che, proprio per questo, non può, per sua natura, trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale, senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico stesso della Comunità).

Nel Trattato, non costituzione in senso proprio, ma piuttosto accordo internazionale ad efficacia plurisoggettiva, le norme ed i principi si pongono, peraltro, in una relazione molto più rigida rispetto al diritto derivato di quanto accade negli ordinamenti nazionali (come ad esempio per le relazioni tra la nostra Costituzione e le fonti primarie e secondarie del diritto). Il principio della subordinazione del diritto comunitario derivato a quello originario corrisponde, del resto, ad una diversa concezione del potere politico comunitario, rispetto a quello nazionale: i giudici comunitari hanno ribadito – espressamente ed in più di una occasione – che il potere politico, sia in sede comunitaria che in sede nazionale (per lo meno nei settori in cui la politica nazionale deve attuare il diritto comunitario), non è libero nei fini, non è insindacabile, ma è piuttosto un potere il cui esercizio è funzionale al raggiungimento degli obiettivi della integrazione, ma anche ampiamente discrezionale⁹; e come tale appunto non determina liberamente i propri fini (che sono già fissati nel Trattato), ma piuttosto i mezzi ritenuti più idonei per realizzare dette finalità¹⁰. In questo contesto, il sindacato sulla discrezionalità operato dal giudice comunitario costituisce ad un tempo lo strumento per la fissazione dei limiti nell'esercizio del potere amministrativo comunitario e la prova della *deference* che il giudice comunitario manifesta tradizionalmente nei confronti delle decisioni della Commissione. Questo approccio – caratterizzato da una cautela a dir poco eccessiva e comunque assai distante dalle draconiane misure che non appena possibile la Corte adotta nei confronti dell'attività amministrativa interna, nella misura in cui essa venga sottoposta indirettamente alla sua valutazione – ha trovato recentemente espressione nel settore che anche più (indirettamente) interessa, quello delle procedure di affidamento di appalti pubblici da parte di istituzioni comunitarie¹¹.

⁹ Ma talvolta è un potere vincolato.

¹⁰ Proprio il riconoscimento della esistenza di un potere discrezionale costituisce, insieme al riscontro della presenza di un simile principio anche a livello di diritto internazionale, il presupposto per la fondamentale affermazione della Corte secondo cui anche il potere legislativo risponde civilmente (e secondo criteri oggettivi) dei danni procurati ai cittadini comunitari della mancata attuazione del diritto comunitario.

¹¹ Significative in tal senso paiono due recenti pronunce del Tribunale di primo grado (recentemente rammentate da G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2009, 832/833). Nella prima (Trib. 1° grado, sez. VI, 20 maggio 2009, in causa T-89/07) è statuito che "il Parlamento, al pari delle altre istituzioni, dispone di un ampio potere discrezionale in merito agli elementi da prendere in considerazione per adottare una decisione di aggiudicazione di un appalto a seguito di una gara. Il controllo del

Va peraltro aggiunto che il rapporto imperativo di sovraordinazione tra diritto comunitario originario e diritto derivato (o con i diritti degli ordinamenti giuridici nazionali) non riguarda solo le norme espresse dal Trattato, ma anche i principi non scritti: sia quelli che la giurisprudenza comunitaria estrae dalle norme primarie, sia quelli che essa desume dalle tradizioni costituzionali comuni (ad esempio, tutti i principi di tutela della partecipazione e del contraddittorio nei procedimenti amministrativi nazionali). Le decisioni della Corte di giustizia delimitano, infatti, la portata e gli effetti giuridici delle norme comunitarie, che godono di una ormai incontestata prevalenza sulle disposizioni normative interne incompatibili; e quelle decisioni (e quei principi) sono assai spesso diretti a regolare l'esercizio dell'attività giurisdizionale dei giudici nazionali (è a tal fine, per la rimozione degli ostacoli processuali o sostanziali che impediscono o rendono eccessivamente difficoltoso l'esercizio di diritti protetti da norme comunitarie, che si invoca il principio di effettività, con conseguente tendenza alla rivisitazione degli istituti processuali nazionali)¹². Ma al corretto funzionamento di questo sistema giova – *rectius*, è necessaria – l'adesione (convinta) delle giurisdizioni superiori. In tal senso, nitida è la posizione assunta dalla nostra Suprema Corte laddove statuisce che il giudice nazionale debba verificare d'ufficio la compatibilità del diritto interno con le disposizioni comunitarie vincolanti; e che tale verifica, ove si eccettui l'eventuale avvenuta definizione del rapporto controverso, non è per nulla condizionata alla deduzione di uno specifico motivo poiché “*i principi di effettività e non discriminazione comportano l'obbligo per le autorità nazionali di applicare, anche d'ufficio, le norme di diritto comunitario, se necessario attraverso la disapplicazione del diritto nazionale che sia in contrasto con tali norme, senza che possano ostarvi preclusioni operanti in casi analoghi*”¹³.

giudice comunitario deve, di conseguenza, limitarsi a verificare il rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonché l'esattezza materiale dei fatti, l'assenza di un manifesto errore di valutazione e di uno sviamento di potere”. E l'atteggiamento prudente del Giudice comunitario in materia è ulteriormente confermato da altra sentenza, anch'essa recente, in tema di revoca di una procedura di appalto con contestuale affidamento *in house* ad un servizio delle istituzioni comunitarie, il giudice comunitario di primo grado avverte che “...per quanto riguarda la decisione di avvalersi dei servizi dell'OIB, segnatamente dei pretesi vantaggi comportati dalla siffatta decisione, si deve osservare che, pur se il Consiglio è certo tenuto a rispondere all'autorità politica dei revisori interni della correttezza della sua scelta, esso non ha l'obbligo di dimostrare ai partecipanti ad una gara d'appalto i vantaggi che presenta la decisione di svolgere i servizi in causa con mezzi propri. Siffatta scelta, infatti, è di natura politica e rientra pertanto nel potere discrezionale del Consiglio. Ne deriva che, nell'ambito del presente ricorso, non spetta al Tribunale esaminare la giustificazione economica e istituzionale della decisione di avvalersi dei servizi dell'OIB” (Trib. 1° grado, sez. II, 28 gennaio 2009, in causa T-125/06).

¹² *E multis*, Corte just. CE, 23 gennaio 2003, in causa C-57/01, *Dioikitiko Efeterio Athinon*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 9.

¹³ Cass. 14 luglio 2004, n. 13054, in *Foro it.*, 2004, 2699; in termini Cass. 14 maggio 2004, n. 9242, in *Foro it.*, 695.

Quanto poi alla annosa problematica della c.d. autonomia procedurale degli Stati membri, è noto come il “principio” di indifferenza rispetto ai diversi sistemi di tutela giurisdizionale presenti nell’area europea abbia dapprima indotto l’U.E. a limitare i propri interventi di “garanzia” agli aspetti di diritto sostanziale delle materie assegnate alla propria competenza; ma tale approccio non poteva certo durare a lungo dato che, nel sistema giuridico comunitario, il problema della effettività delle norme e dei rimedi posti a tutela dei diritti occupa una posizione centrale e strategica, ed implica una aspettativa di tutela che la Corte europea (che è giudice dell’osservanza dei Trattati, ma anche, a misura della sfera di giurisdizione che esercita, giudice “costituzionale” e giudice “amministrativo”) assicura tramite il controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti comunitari e il controllo giurisdizionale sulla coerenza, sulla compatibilità degli atti e delle norme nazionali rispetto al diritto comunitario. In questo contesto, l’iniziale indifferenza del diritto comunitario rispetto alla organizzazione dei sistemi processuali nazionali è stata progressivamente sostituita da un diverso approccio, assai più invasivo che, procedendo dall’armonizzazione per settori (come quello degli appalti, ove oggi appunto spicca il grado di dettaglio delle nuove misure legislative volte al miglioramento delle procedure di ricorso negli Stati membri, portate dalla direttiva ricorsi), ha poi finito per condizionare in senso assai più generale i sistemi di tutela giurisdizionale domestici.

3. *Le basi normative dell’intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici: i Trattati istitutivi*

I Trattati istitutivi della Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio (CECA) e della Comunità Economica Europea (CEE), successivamente riuniti nel Trattato istitutivo della Comunità Europea (che poi insieme ad altri Trattati è stato posto alla base dell’Unione Europea) accolgono sin dall’origine, quali principi di base, quelli della concorrenza¹⁴ e dell’economia di mercato. Tali principi, insieme a quelli di libera circolazione delle merci (art. 28), al diritto di stabilimento (art. 43), alla libera prestazione di servizi (art. 49), costituiscono la “pietra angolare” dell’integrazione ed hanno retto per lungo tempo, da soli e senza interventi di carattere normativo (di diritto comunitario derivato) il c.d. diritto del mercato comune. Più in particolare, la nozione di “principi della concorrenza” è da intendersi come comprensiva di tutte le norme del TCE – e del diritto comunitario derivato che da ad esse norme attuazione – dirette a garantire certo la libera prestazione dei servizi; ma anche le migliori condizioni di accesso alle possibi-

¹⁴ In tema, vedi A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, UTET Giuridica, 2007, in specie Cap. I, 1 ss., ma anche G.L. TOSATO-L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

lità offerte dalla “apertura” degli appalti pubblici e quindi la concorrenza tra imprese. Di più: il Trattato CE conferisce – tra di essi – particolare rilievo ad una concorrenza libera e non falsata quando, all’art. 2, nell’enumerare le finalità della Comunità, riserva alla “*instaurazione di un mercato comune*” il primo posto tra i mezzi per conseguire quelle finalità. Né il fatto che il Trattato istitutivo non contenga disposizioni specifiche in materia di appalti pubblici discende da una precisa scelta di campo dei fondatori, dato che – molto più semplicemente – all’epoca non si trovò l’accordo sul punto¹⁵.

Il diritto comunitario della concorrenza (art. 2, 3 § 1, lett. g e 4 del Trattato CE che enunciano i principi di base e art. 81/86), è assistito secondo la Corte di Giustizia, da efficacia diretta (con riferimento agli artt. 82 ed 86) ed è applicabile alle imprese. Influisce quindi già *ab origine* sulla materia: ed infatti già nelle premesse della prima direttiva comunitaria dedicata agli appalti pubblici di lavori figurano – per richiamo – il diritto di stabilimento e quello di prestazione di servizi che implicano garanzie e apprestano tutele all’imprenditore che voglia stabilire la propria azienda in uno Stato diverso rispetto a quello di appartenenza ed al prestatore di servizi che intenda operare al di fuori del proprio Stato. Vi è quindi – costantemente ribadita dalla giurisprudenza comunitaria – un intenso legame tra libertà di iniziativa economica e di circolazione, apertura delle gare d’appalto pubbliche nazionali e sviluppo tecnologico. Tale nesso peraltro esplica i suoi effetti al di là dell’ambito di diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti, interessando anche figure solo parzialmente normate dalla Comunità come la concessione (della quale tuttavia è ormai da tempo riconosciuta a livello comunitario la natura contrattuale e l’assoggettamento al medesimo regime degli appalti pubblici)¹⁶.

La convinzione che il libero gioco del mercato e la concorrenza non falsata consentissero di realizzare i migliori risultati in termini di allocazione delle risorse, stimolo all’innovazione e *consumers satisfaction* è rimasta ferma (ed anzi sviluppata) nei successivi Trattati e nello stesso Trattato costituzionale, malgrado il riconoscimento della vocazione generale e non più solo economica del processo di integrazione, l’inserimento progressivo di disposizioni sulla politica industriale e l’altrettanto progressiva adesione di Paesi provenienti da esperienze politiche ed economiche profondamente diverse da quelle dei Paesi fondatori. Alla luce di tali regole – e principi – va quindi letta l’attenzione dedicata dalla Comunità alla c.d. “apertura” degli appalti pubblici; essa discende anzitutto – conformemente a quanto prescritto nel Trattato istitutivo – dall’esigenza di ap-

¹⁵ Come rileva G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 336.

¹⁶ In tema R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2004.

plicare i principi del mercato interno (segnatamente quelli relativi alla libera prestazione di servizi ed alla concorrenza) alle transazioni poste in essere dalle amministrazioni pubbliche e dalle imprese di servizio pubblico detentrici di diritti speciali ed esclusivi¹⁷. Tali contratti – che secondo dati forniti dal Parlamento europeo costituivano all’epoca circa il 12% del PIL dell’Unione – assumevano, sin dalle prime iniziative regolatorie nel settore adottate dalla Comunità, valore e peso economico determinante, particolarmente in alcuni settori per così dire “strategici” per il processo di integrazione: basti pensare che nell’edilizia e lavori pubblici, nell’energia, nelle telecomunicazioni e nell’industria pesante vigeva una esclusività pressoché totale, a vantaggio dei fornitori nazionali, discendente dalle “barriere” regolamentari o amministrative agli scambi intracomunitari.

Da qui, al fine di completare il grande mercato interno, scaturiscono una serie di direttive volte ad aprire il mercato alla concorrenza comunitaria ed a disciplinare – dapprima attraverso imposizione di obblighi negativi e successivamente ai fini del coordinamento procedurale – le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici rilevanti ai fini del funzionamento del mercato interno. La liberalizzazione degli appalti pubblici rivestiva, infatti, la massima importanza, sia sotto il profilo economico generale, sia sotto il profilo più specifico della integrazione europea, nella prospettiva della creazione di un grande spazio economico. Tale liberalizzazione – ed il quadro regolatorio che l’ha consentita – si inscrivono peraltro a pieno titolo tra le originarie vocazioni del processo di integrazione; ed infatti, come è stato recentemente rilevato, i principi “*di non discriminazione in base alla nazionalità, libertà di circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi concorrono a formare la cornice costituzionale al cui interno si colloca la copiosa normativa sugli appalti pubblici europei*”¹⁸.

4. *I perché della scelta dello strumento della direttiva per l’intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici; la risposta della amministrazione pubblica nazionale al diritto comunitario degli appalti pubblici*

Il legislatore comunitario ha scelto, quale strumento per realizzare i propri obiettivi, la via del progressivo ravvicinamento delle normative nazionali, prefigurando un modello (per taluni aspetti particolarmente dettagliato) destinato a guidare in modo preciso l’attuazione da parte degli Stati membri¹⁹; ovvero, a sovrapporsi agli ordinamenti interni in caso di violazione degli obblighi di

¹⁷ S. MELE, *I contratti della pubblica amministrazione*, Viareggio, 1997, 21.

¹⁸ G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, op. cit., 2007, 336.

¹⁹ A. CLARIZIA, *Un confronto sulle “filosofie” di recepimento delle direttive “appalti” nei paesi dell’Unione europea*, in *GiustAmm.it*, 2007.

recepimento. Scelta coerente con la constatazione che i maggiori ostacoli all'aumento dei contratti transfrontalieri erano costituiti dalla accentuata diversificazione delle legislazioni vigenti nei vari Stati della Comunità. Si spiega così l'opzione della Comunità per lo strumento formale della direttiva, la cui utilizzazione è prevista proprio laddove le differenziazioni tra le varie normative nazionali rendono inopportuno l'inserimento negli ordinamenti interni di una disciplina esaustiva ed immediatamente vincolante quale quella dei regolamenti. L'obiettivo comunitario era inteso dunque principalmente al raggiungimento di un determinato grado di uniformazione delle discipline nazionali tramite il recepimento negli ordinamenti destinatari dei principi e dei meccanismi procedurali di matrice CEE; coordinamento e non sostituzione quindi anche se, nel settore, l'elevato livello di dettaglio della regolazione comunitaria, riduce sempre più gli spazi disponibili per una normativa nazionale di carattere specifico. Estraneo all'intervento della Comunità appariva (e, tutto sommato, ancor oggi appare) invece, il fine della modificazione/trasformazione delle strutture politico-amministrative degli Stati membri, anche solo limitatamente a quelle tra esse che fossero dotate di specifiche competenze in materia di appalti. Né un tale risultato – sempre se conseguibile – avrebbe rivestito, a ben vedere, alcuna funzionalità rispetto alla primaria finalità della creazione di un mercato a livello europeo, su cui la Comunità ha investito per il tramite di un imponente programma di armonizzazione delle legislazioni al fine di evitare distorsioni della concorrenza; ma alla cui effettiva implementazione osta spesso l'atteggiamento adottato dal legislatore nazionale e dalle amministrazioni pubbliche. Ciò non deve stupire ove si rifletta sul fatto che una parte assai rilevante dell'attività di pubblici poteri ha per oggetto l'organizzazione e la direzione delle attività economiche. In tale ottica, l'intervento dello Stato, tramite strumenti legislativi, regolamentari ed amministrativi, incide sensibilmente sulla posizione delle imprese: e spesso in una logica anticoncorrenziale. Ed allora è abbastanza comprensibile (anche se non giustificabile) che gli effetti delle direttive comunitarie nella realtà organizzativa delle amministrazioni nazionali si siano rivelati marginali; e che, in ogni caso, anche laddove ravvisabili, essi evidenzino un carattere mediato, palesandosi quali effetti indiretti e contingenti, non ricercati dal legislatore comunitario in via prioritaria. Taluni aspetti della normazione CEE si sono riflessi, tuttavia, sulla organizzazione amministrativa interna, accentuandone talvolta carenze e difetti preesistenti. Valga l'esempio della già ricordata progressiva inidoneità delle strutture tecniche pubbliche a far fronte alle proprie competenze; o, almeno, a fornire adeguato supporto agli organi amministrativo-rappresentativi in fase di esperimento e gestione delle gare. L'incrementata rilevanza attribuita dalle direttive comunitarie al dato tecnologico, evidenziata nella più precisa regolamentazione dei requisiti tecnici, finanziari ed economici di partecipazione e qualificazione, così come nel maggior rilievo accordato, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione, ad elementi ulteriori rispetto al prezzo, hanno certamente contribuito ad esacerbare

una già rilevante situazione di disagio. La situazione peraltro era (ed è) in qualche misura aggravata dalla inesistenza di un rapporto “orizzontale” tra le amministrazioni dei *partners* europei. Forse anche a questo dato è da ricollegare lo scarso funzionamento di meccanismi come il principio di equivalenza, previsto dall’art. 100 B del Trattato introdotto dall’Atto unico europeo, che avrebbero implicato un certo grado di collaborazione tra le amministrazioni nazionali, piuttosto che una sorda resistenza a rimuovere congegni normativi volti sostanzialmente a proteggere il mercato nazionale. Ciò che da un lato conferma le persistenti difficoltà di mettere in parallelo le amministrazioni e il permanere di atteggiamenti di difesa dei particolarismi; dall’altro lato comporta il trasferimento alla direttiva comunitaria del compito di fissare le norme comuni per l’agire delle amministrazioni. Neppure si tratta soltanto della posizione, pur sempre difficile, dei funzionari che rappresentano l’Italia negli organi comunitari, cui spesso sembra (anche psicologicamente) mancare il terreno alle spalle, cioè la connessione con l’amministrazione nazionale di appartenenza, rispetto alla quale operano in condizione di sostanziale isolamento e, forse, di vivo disinteresse. Ed ancora, non si esaurisce neanche nella frattura “verticale” tra le amministrazioni di settore, cui manca con evidenza un momento efficiente di coordinamento. Tutti questi sono fenomeni endemici e preoccupanti, anche perché sembrano caratterizzare tutta l’amministrazione nazionale, riproducendosi nella stessa misura e con le stesse modalità anche nella dimensione regionale. Ma v’è un aspetto ancora più preoccupante – anche se, bisogna confessarlo, anch’esso niente affatto inatteso – che riguarda la direzione politica dell’amministrazione. L’impatto della Comunità sul delicato nesso politica-amministrazione sembra creare conseguenze che non possono non allarmare, perché producono un netto rafforzamento del momento tecnico-amministrativo particolare a scapito della guida politico-amministrativa, che è spesso inesistente. Il fenomeno presenta due risvolti, contigui più che separati. Vi è un profilo prettamente interno, che riguarda le modalità della direzione politica di una amministrazione nazionale “allungata” verso l’Europa, ed un profilo che si può dire “esterno”, solo nella misura in cui esterni possono essere considerati i problemi istituzionali della Comunità.

5. *L’effettività della tutela in materia di appalti pubblici (tra mezzi di ricorso e rispetto del principio di concorrenza): le direttive ricorsi di prima generazione*

Sul versante della tutela giurisdizionale ed amministrativa in materia di appalti pubblici, con le direttive ricorsi c.d. di prima generazione²⁰ l’esigenza di

²⁰ Sulle prime direttive ricorsi *ex multis*: M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva CEE 89/665 alla legge “comunitaria” per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, V, 321 ss.; G. GRECO, *L’adeguamento dell’ordinamento italiano alle direttive comuni-*

definire *standards* comuni di tutela giudiziaria in ambito comunitario (ai fini del raggiungimento di una complessiva efficienza dell'ordinamento) prende finalmente corpo.

La direttiva del Consiglio 89/665 del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori²¹, è già un complesso normativo articolato incentrato sulla previsione di determinati strumenti di tutela, di natura giurisdizionale o comunque contenziosa²², per i partecipanti a gare d'appalto. Rimedi in larga misura analoghi sono stati poi introdotti dalla direttiva del Consiglio 92/13 del 25 febbraio 1992, sui mezzi di ricorso relativi ai cosiddetti settori esclusi.

Le norme in discorso hanno naturalmente assunto fondamentale rilievo ai fini del superamento della concezione secondo la quale la disciplina degli aspetti procedurali o – più ampiamente – rimediali, eccedrebbe dalle competenze degli organi comunitari, essendo rimasta appannaggio dei Paesi membri²³. Si può innanzitutto osservare che le direttive 89/665 e 92/13 non escludono la possibilità di

tarie in tema di appalti di lavori pubblici, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano (89/440/CEE e 89/665/CEE) (Atti dell'incontro di studi tenutosi a Milano il 16 febbraio 1990)*, Milano, 1990, 19 ss.

²¹ Pubblicata in G.U.C.E. 30 dicembre 1989 L 395/34 ed in *Riv.it.dir.pubbl.com.* 1991, 825, con analitico commento di G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*; su di essa anche A. PREDIERI, *Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici*, in *Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell'Europa degli anni '90*, Milano, 1991, 619 ss.; M. PANEBIANCO, *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv.dir.europ.*, 1990, 868 ss.; M. MAGLIANO, *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del Mercato unico europeo*, in *Riv.dir.europ.*, 1991, 883 ss.; G. CASTRIOTA SCANDERBERG, *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Dir. com. sc. internaz.* 1990, 151 ss. Per un'ampia disamina dei lavori preparatori J. COLEMAN-T.-L. MARGUE, *L'action de la Communauté visant le respect des règles communautaire en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux: problèmes et perspectives*, in *Rev. Marché Commun*, 1989, 546 ss.

²² Come osserva G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, *cit.*, 829 ss., la direttiva non si preoccupava di modificare le procedure amministrative delle gare d'appalto, già disciplinate da altre direttive, delle quali si tende, piuttosto nell'ottica comunitaria a garantire il rispetto.

²³ A tal fine va rammentato che la Corte di giustizia più di una volta interpellata dai giudici nazionali sulla corretta interpretazione ed applicazione da dare a dette direttive: a tal fine vanno richiamate fra le più importanti, le pronunzie in materia di ampliamento della legittimazione al ricorso (Corte giust. CE, 19 giugno 2003, C-249/01, *backermüller*; Corte giust. CE, 19 giugno 2003, C-410/01, *Fritsch, Chiari & Partner*; Corte giust. CE, 12 febbraio 2004 C-230/02, *Grossman Air Service*), di tutela cautelare (Corte giust. CEE, 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame Ltd*, Corte giust. CEE, 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*; Corte giust. CE 9 novembre 1995, C-465/93, *Atlanta*; Corte giust. CE, 19 settembre 1996, C-236/95, *Governo ellenico*; Corte giust. CE, 15 maggio 2003, C-214/00, *Regno di Spagna*; Corte giust. CE, 29 aprile 2004, C-202/03, *DAC*), di risarcimento del danno (Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, *Repubblica portoghese*), di rapporti tra tutela specifica e per equivalente (Corte giust. CE, 28 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel*).

rimedi non giurisdizionali, come i ricorsi amministrativi, fissando però precisi criteri di forma e garanzie di indipendenza per gli organi stessi e prevedendo comunque la possibilità di ricorso giurisdizionale²⁴. Inoltre la direttiva 92/13, agli artt. 3 e seguenti, prevedeva un sistema di attestazione a favore delle stazioni appaltanti con la funzione di informare possibili concorrenti della regolarità “comunitaria” delle proprie gare d’appalto (sistema che peraltro non incide sull’esperibilità dei rimedi previsti dalla direttiva stessa)²⁵, nonché, agli artt. 9 e seguenti, una procedura di conciliazione a favore di chi si ritenga danneggiato dalla violazione del diritto comunitario, sotto la supervisione della Commissione delle Comunità europee.

In materia di poteri del giudice cui sia affidata la cognizione delle controversie relative a gare d’appalto, va rilevato che entrambe le direttive contenevano già una disposizione in tema di effetti dell’annullamento giurisdizionale degli atti di gara sul contratto successivamente stipulato. L’art. 2, n. 6, di entrambe, infatti, testualmente prevedeva: *“gli effetti dell’esercizio dei poteri di cui al par. 1 (tra cui i poteri di sospensiva ed annullamento) sul contratto stipulato in seguito alla stipulazione dell’appalto sono determinati dal diritto nazionale. Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione del contratto in seguito all’aggiudicazione dell’appalto, i poteri dell’organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa dalla violazione”*²⁶.

²⁴ Così, ed es., secondo l’art. 2 n. 9 della direttiva 92/13 “Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere motivate per iscritto. In questo caso, inoltre, devono essere adottate disposizioni secondo le quali ogni misura presunta illegittima presa dall’organo di base competente oppure ogni presunta frazione nell’esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell’art. 177 del Trattato e che sia indipendente dagli enti aggiudicatori e dall’organo di base” in tal modo si assicura comunque un controllo da parte della Corte di giustizia sull’applicazione del diritto comunitario *in subiecta materia*; la distinzione tra “ricorso giurisdizionale” e “ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell’art. 177” trova la sua ragione nella già ricordata circostanza che la giurisprudenza comunitaria valuta il carattere giurisdizionale o meno degli organi che sottopongono quesiti *ex art. 177* del Trattato secondo parametri che possono discostarsi da quanto previsto dal diritto dei Paesi membri.

²⁵ Secondo il 12° considerando della direttiva “sarebbe utile che gli enti aggiudicatori che si conformano alle norme in materia di appalti possano informarne con mezzi appropriati [...]”

²⁶ Si tratta di disposizione estremamente generica, di rinvio a legislatore nazionale; è vero che, in base al n. 7 dello stesso articolo della direttiva 89/665 ed al n. 8 della direttiva 92/13, “Gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace”, il che dovrebbe indurre il legislatore ad introdurre nel nostro sistema soluzioni più garantistiche di quelle attuali (in proposito G. GRECO, *L’adeguamento dell’ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, cit., 21), ma va subito detto che nulla ha disposto in merito all’attuazione di tale disposizione della direttiva 89/665 la l. 19 febbraio 1992 n. 142, legge comunitaria per il 1991, onde, considerati i limiti che può incontrare in materia il giudizio di ottemperanza, l’unico rimedio certo rimane quello risarcitorio di

Le direttive sono state in parte recepite dal legislatore in forza degli artt. 12 e 13 della legge 142/92 e 11 della legge 498/92. Fruendo di una possibilità offerta dal legislatore comunitario, si è optato in quella occasione per la creazione di un (nuovo) presupposto processuale dell'azione risarcitoria, piuttosto che porre mano ad una qualificazione sostanziale del nuovo strumento di tutela come azione diretta alla tutela dell'interesse legittimo. La soluzione si è rivelata assai debole e di scarsa utilità pratica, anche se per il vero – e ragionando in termini più generali – la tutela del concorrente pretermesso nell'ambito di una procedura di gara ritenuta illegittima, prima dell'emanazione delle direttive in discorso era ancor meno efficace²⁷. Infatti, per un orientamento assolutamente costante del giudice ordinario, l'annullamento dell'aggiudicazione non implicava il travolgimento del contratto, che poteva essere oggetto di annullamento solo sulla scorta di una ulteriore azione giurisdizionale che solo l'Amministrazione era legittimata a proporre dinanzi al giudice ordinario²⁸; ma che in concreto veniva proposta solo in rarissimi casi. È appena il caso di dire come, alla luce di quanto sopra, il ricorrente vittorioso per un verso non poteva praticamente mai raggiungere il risultato di vedersi assegnato il contratto, in luogo di chi lo aveva già (illegittimamente) stipulato; per l'altro, non aveva a disposizione strumenti per tutelare il suo interesse, affidandolo ad un ricorso tempestivo, alla stipulazione del contratto; né tanto meno sussisteva all'epoca un intervallo temporale imposto *ex lege* (ciò che oggi comunemente si indica, anche nella direttiva n. 66 del 2007, come termine dilatorio) tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, sufficiente a consentire di attivare per tempo i poteri inibitori, in modo da giungere alla decisione di merito prima che la situazione fosse definitivamente compromessa. Ove a ciò si aggiunga la mancanza di una tutela risarcitoria effettiva e quindi la possibilità di accedere ad un ristoro economico commisurato al man-

cui si dirà. Peraltro, anche *in subiecta materia*, la giurisprudenza amministrativa resa in sede di ottemperanza sta diventando piuttosto incisiva: ad es. Cons. St., Sez. V, 27 maggio 1991 n. 874, in *Foro amm.* 1991, 1463, ha ritenuto che, in sede di esecuzione di un giudicato di annullamento degli atti di gara per l'affidamento di concessione di costruzione ed esercizio di opera pubblica, annullamento intervenuto quando l'opera era stata addirittura già realizzata, il principio secondo il quale il provvedimento di esecuzione in forma specifica trova ostacolo negli effetti dell'atto ormai irreversibili si applica solo nei confronti della concessione di costruzione, non in relazione alla concessione di esercizio, che può pertanto esser assentita ad altro soggetto; in materia di risarcimento, occorre poi ricordare un'anticipatrice pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sez. I, 8 luglio 1989, n. 578, in *Foro amm.* 1990, 452 (s.m.), secondo la quale nella ipotesi in cui l'ottemperanza al giudicato postuli l'aggiudicazione, alla ditta ricorrente, della gara d'appalto, al rifiuto di compiere un atto dovuto da parte del comune conseguirebbe un suo obbligo di risarcire il danno all'impresa da farsi valere innanzi al giudice ordinario.

²⁷ Come rileva G. GRECO, *La direttiva 2007/66: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, Giuffrè, 5/2008, 1029.

²⁸ Vedi ad es. in giurisprudenza Cass., Sez. I, 29 marzo 1996, n. 2848; Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269 e Cass., Sez. I, 13 novembre 2000, n. 14901.

cato guadagno dell'appalto, il quadro che ne derivava sul versante della effettività della tutela giurisdizionale era assolutamente sconcertante²⁹.

Più in generale, le direttive ricorsi di prima generazione hanno prodotto, sul piano della pratica giudiziaria, risultati davvero modesti. I rimedi precontrattuali diretti a prevenire la violazione del diritto comunitario degli appalti, come anche quelli da attivarsi successivamente alla stipula del contratto, non sono per nulla riusciti a contenere il ricorso, da parte delle amministrazioni e degli enti aggiudicatori, alla stipula di contratti aggiudicati illegittimamente (c.d. *race to signature*), con la conseguenza di rendere irreversibili gli effetti dell'aggiudicazione contestata e di costringere le imprese ad accontentarsi eventualmente del risarcimento per equivalente, non essendo più possibile conseguire l'appalto in forma specifica³⁰. Ma anche sul piano del risarcimento è emersa la difficoltà a conseguirlo effettivamente dato che pressoché in tutti i paesi che appartengono all'Unione Europea l'insorgere della responsabilità dell'amministrazione è subordinata alla prova della spettanza del contratto. Sia con riferimento al primo profilo problematico che al secondo, la tutela degli offerenti non aggiudicatari, scoraggiati nell'adire le vie giurisdizionali, ha subito una inammissibile contrazione.

6. *La direttiva n. 66/2007: profili generali*

La direttiva 2007/66/CE³¹ è dedicata alle procedure di ricorso esperibili in

²⁹ Cfr. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

³⁰ Cfr. A. BARTOLINI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori per violazione del diritto comunitario degli appalti*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 139 ss.

³¹ La Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, è stata pubblicata sulla G.U. della UE del 20 dicembre 2007. In dottrina tra i vari contributi, si segnalano C. ARDANESE, *La direttiva "ricorsi" 2007/66/CE. Rilevanza sul regime giuridico del contratto*, in *GiustAmm.it*; A. AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto: una rassegna in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria (Nota a Cons. Stato sez. V 28 marzo 2008, n. 1328)*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, fasc. 1, pp. 152; A. BARTOLINI-S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 10, pp. 1093-1108; P. FIMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto di appalto: un rapporto complesso (Nota a Cass. sez. I civ. 15 aprile 2008, n. 9906)* in *Giustizia civile*, 2008, fasc. 7-8, pp. 1642-1651, pt.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti* (Relazione al convegno su "Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione", Parma, 23 maggio 2008) in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, fasc. 5, pp. 1029-1062; M. LIPARI, *Sulla giustizia amministrativa. Parte I: annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Il Foro*

materia di appalti pubblici e si inserisce nella strategia comunitaria diretta al riordino della materia che già era stato promossa dalla Commissione con la comunicazione sugli appalti pubblici del 1998³³.

La genesi del progetto va indiscutibilmente individuata nell'esigenza di sistematizzare ed adeguare il disposto delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, alla giurisprudenza della Corte di giustizia e nella esigenza di istituire un raccordo con le direttive sostanziali del 2004, garantendone per questa via una applicazione effettiva.

Si è già riferito di come il controllo giurisdizionale ed amministrativo sui procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici venne introdotto agli inizi degli anni '90 con le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, quando la politica comunitaria in materia divenne più incisiva, regolamentando settori di mercato precedentemente esclusi e tendendo non più unicamente all'obiettivo della non discriminazione, ma ad armonizzare politiche e procedure. Infatti, le direttive originarie emanate nei primi anni '70, peraltro piuttosto essenziali – se non laconiche – e limitate ai procedimenti che avessero ad oggetto forniture o lavori, erano state praticamente ignorate in quanto continuavano a prevalere le tendenze protezionistiche a favore delle imprese nazionali. Per quanto riguarda il nostro ordinamento, prima del parziale recepimento delle direttive “processuali”, la tutela del concorrente pretermesso in procedure di gara di cui fosse accertata l'illegittimità, era “...davvero poca cosa...”³³.

In ogni caso, e pur con gli evidenziati limiti, la 89/665/CEE e la successiva 92/13/CEE assunsero una valenza che trascendeva la materia, dando consistenza, sul piano della tutela, ai principi di effettività, di leale collaborazione (ex art.

amministrativo T.A.R., 2008, fasc. 1, pp. 45-66, pt. 1; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, fasc. 1, pp. 33-51; B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, 2008, fasc. 1, pp. 95-137; M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 2008, fasc. 1, pp. 131-162; M.A. SANDULLI, *Sull'applicazione del Codice contratti pubblici. Parte I: ulteriori profili di compatibilità comunitaria della disciplina interna sui contratti pubblici*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2008, fasc. 1, pp. 91-102, pt. 1; M.A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2008, fasc. 2, pp. 77-87, pt. 2; S. VINTI, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, 2008, fasc. 3, pp. 789-855.

³² Comunicazione della Commissione *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, dell'11 marzo 1998, elaborata, come è noto, sulla scorta dei contenuti e delle finalità del Libro verde *Gli appalti pubblici nell'Unione europea, spunti di riflessione per il futuro*.

³³ G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008.

10³⁴ del Trattato istitutivo) e di legalità enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁵: quasi «*l'avvio formale di una politica processuale della Comunità*»³⁶. Ciò attestava non solo la raggiunta pervasività del diritto europeo e la necessità che la sua applicazione uniforme non fosse contrastata dalla diversità dei mezzi di tutela previsti dagli ordinamenti nazionali³⁷, ma anche lo «*sviluppo garantistico del principio di effettività*» da intendersi ora quale «*aspetto fondamentale di garanzia per le situazioni dei singoli nei confronti degli atti, sia delle amministrazioni nazionali che delle stesse istituzioni comunitarie*»³⁸.

Nel contesto del riordino complessivo della normativa di settore con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE venivano concretizzate sia le linee direttrici fissate dalla Commissione nella comunicazione «*Gli appalti pubblici nell'Unione europea*» (riconducibili alle esigenze di semplificazione, aggiornamento e flessibilità); sia, con la previsione di disposizioni a garanzia e promozione di interessi sociali e ambientali, quell'interazione delle politiche economiche, sociali e dell'impiego descritta nel Consiglio europeo di Lisbona³⁹. Sul piano del diritto sostanziale, la sistematizzazione della materia era realizzata anche grazie al recepimento a livello normativo dei principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché (tramite un ravvicinamento nella terminologia), di principi presenti nel *WTO Agreement on Government Procurement*. Cardine del

³⁴ A norma del quale: «[g]li Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato».

³⁵ Cfr. le sentenze 15 maggio 1986, causa 222/84, *Margherite Jhonston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Racc. giur., 1986, p. 1651, punto 18); 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Union Nationales des Entraîneurs et Cadres Techniques Professionnels du Football (UNECTEF) v. Georges Heylens ed al.* (Racc. giur., 1987, p. 4097, punti 14-16); 27 novembre 2001, causa C-424/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria* (Racc. giur., 2001, p. 1-9285, punto 45); 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeros Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* (Racc. giur., 2002, p. 1-667, punti 38-42). Nel *leading case Jhonston*, la Corte afferma che il diritto ad una tutela effettiva si configura come un principio generale di diritto comunitario su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 5 e 13 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU).

³⁶ M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3°, pp. 499-522.

³⁷ *Ibidem*, p. 506. Argomento definito dall'Autore, dell'«effetto utile dell'effetto diretto».

³⁸ *Ibidem*, pp. 506-507, ove si evidenzia anche una terza ragione «connessa allo sviluppo di tecniche giuridiche di integrazione che richiedono una sostanziale uniformità nelle regole di controllo giurisdizionale».

³⁹ Del 23-24 marzo 2000. Cfr. anche la *Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici* [COM(2001)566], pp. 1-24.

sistema diveniva esplicitamente il rispetto del principio di parità di trattamento coniugato a quello di trasparenza nelle procedure di aggiudicazione⁴⁰.

Lo «sviluppo garantistico del principio di effettività» imponeva che venisse tutelata l'applicazione uniforme delle citate direttive. Invece si registravano notevoli disparità in merito alla loro corretta applicazione e, date le innovazioni introdotte anche in conseguenza del ricorso alle tecniche di trasmissione telematica dei dati, la 89/665/CEE e la 92/13/CEE erano diventate chiaramente obsolete.

7. *Origini ed obiettivi della direttiva ricorsi*

Sul presupposto che la predisposizione di mezzi di ricorso rapidi ed efficaci, nonché conformi ai principi del Trattato rilevanti, fosse indispensabile ad una più effettiva tutela e garanzia di attuazione trasparente e non discriminatoria della 2004/17/CE e della 2004/18/CE, alle competenti istituzioni della UE è parso più funzionale allo scopo un intervento a livello comunitario *ex art. 5* del Trattato (ovvero attraverso i principi di sussidiarietà e proporzionalità)⁴¹, piuttosto che degli Stati membri *uti singuli*.

Dai lavori preparatori emerge che sin dall'inizio la Commissione ritenne opportuno focalizzarsi sui ricorsi esperibili nella fase precontrattuale⁴² piuttosto che in quella successiva alla stipula del contratto aggiudicato (pena la sofisticazione della stessa filosofia sottostante alle «direttive ricorsi» e, conseguentemente, la necessità di norme completamente diverse).

Al fine vennero ipotizzate tre diverse possibilità di intervento. Una prima contemplava il mantenimento delle direttive vigenti incoraggiando «*la Commissione ad avviare procedure d'infrazione per trattare tutti i problemi d'incompatibilità con le direttive "ricorsi" delle legislazioni o delle pratiche nazionali in questo settore*»⁴³, tenendo anche conto degli effetti positivi prodotti dalla senten-

⁴⁰ Recepito nell'art. 2 della 2004/18/CE e nell'art. 10 della 2004/17/CE. Ciò ha permesso il concomitante allineamento con il WTO/GPA (cfr. il comma 3 del Preambolo in cui lo si riconosce come uno degli obiettivi base dell'accordo), rimediando alle precedenti direttive che prevedevano «solo» il rispetto del principio di parità di trattamento (cfr. l'art. 5(7) della 93/36/CEE; l'art. 6(6) della 93/37/CEE; l'art. 3(2) della 92/50/CEE, e l'art. 4(2) della 93/38/CEE).

⁴¹ La materia infatti non rientra tra quelle di competenza esclusiva della Comunità; peraltro detti principi (per inciso, ampliati e rafforzati dal recente *Trattato di Lisbona*), hanno anche permesso di superare le difficoltà inerenti all'intervento in una materia così strettamente connessa e dipendente dalla struttura amministrativa e giudiziaria dei diversi paesi.

⁴² Questi, infatti, (potenzialmente) garantiscono la prevenzione o la tempestiva correzione delle violazioni delle direttive di diritto sostanziale, incoraggiando così gli operatori economici a partecipare alle gare indette dagli Stati membri.

⁴³ Cfr. la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle*

za *Alcatel*, ove è recepita una nozione assai ampia di decisione impugnabile e sottolineata la necessità di un termine sospensivo tra l'aggiudicazione del contratto e la sottoscrizione.

Venne poi presa in considerazione l'introduzione di un termine sospensivo tra l'aggiudicazione del contratto e la sua firma, in quanto fissando «*le conseguenze operative di tale obbligo*» si sarebbero risolti «*tanto il problema della corsa alla firma degli appalti nelle procedure formali di aggiudicazione quanto quello delle aggiudicazioni illegittime a trattativa privata ... , migliorando la certezza del diritto relativamente alle situazioni considerate e prevedendo garanzie per un'applicazione efficace del meccanismo*»⁴⁴; ovvero anche il conferimento di nuove prerogative ad autorità indipendenti attraverso una modifica delle direttive o una comunicazione che promuovesse la costituzione di tali autorità.

Dopo aver analizzato il presumibile impatto delle diverse opzioni si concordò sull'opportunità di introdurre, tramite direttiva, la sospensione della firma del contratto aggiudicato. Ciò in quanto la soluzione alternativa, costituita da una comunicazione interpretativa della giurisprudenza della Corte di Giustizia, non avrebbe assicurato l'uniformità d'interpretazione né sulla portata di detta giurisprudenza né «*sulle modalità d'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di violazione di questa disposizione fondamentale per l'efficacia dei ricorsi precontrattuali*». Quanto all'ipotesi di designare autorità indipendenti dotate del potere di notificare ai soggetti aggiudicatori le inosservanze più gravi perché le correggessero, venne scartata per l'opposizione della maggioranza delle delegazioni degli Stati membri (dovuta anche alla non preventivabilità degli oneri economici connessi al loro funzionamento).

In estrema sintesi, la 2007/66/CE attua il disposto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in particolare i commi 1 e 2, che assicurano ad ogni individuo, i cui diritti e libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, l'accesso ad un ricorso effettivo ed a un giudice imparziale)⁴⁵; va iscritta nel quadro della politica volta all'eliminazione dei fenomeni di corruzione, coerentemente con gli impegni assunti a livello internazionale; ma so-

procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, del 4 maggio 2006 (COM(2006)195 def.), p. 5.

⁴⁴ Ciò avrebbe assicurato la libera circolazione di merci e servizi, la libertà di stabilimento e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, principali obiettivi delle norme comunitarie in materia.

⁴⁵ La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, del 7 dicembre 2000, enuncia i diritti ed i principi da rispettare nell'applicazione del diritto comunitario. Recentemente, il testo è stato rivisto (cfr. *G.U.* della UE del 14 dicembre 2007, n. C-303), ed andrà a sostituire quello del 2000 a decorrere dall'entrata in vigore del *Trattato di Lisbona*. Sull'art. 47 «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*» citato nel testo, è da rilevare che il comma 1, è basato sull'art. 13 ed il comma 2, corrisponde all'art. 6(1) della CEDU.

prattutto recepisce i principi indicati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle sentenze «*Alcatel*»⁴⁶ e, quasi a necessario sviluppo, «*Commissione c. Austria*»⁴⁷ e «*Stadt Halle*»⁴⁸, mentre quelli già trasfusi nella 89/665/CEE e 92/13/CEE, assumono una più marcata valenza sostanziale.

8. I contenuti caratterizzanti

Se la genesi della direttiva va quindi rintracciata nell'esigenza, ormai ineludibile, di sistematizzare ed adeguare il disposto delle primigenie 89/665/CEE e 92/13/CEE ai principi enucleati dalla Corte di Giustizia nel corso degli anni e di operare il raccordo con le citate direttive di diritto sostanziale, la 2007/66/CE assicura che il dinamismo e la flessibilità (più che positivi in termini di economicità, efficienza e razionalità delle scelte), impressi alle decisioni delle amministrazioni o enti aggiudicatori dalle direttive del 2004, non ostino al rispetto dei principi dell'*acquis communautaire* i.e. alla parità di trattamento, non

⁴⁶ Sentenza 29 ottobre 1999, causa C-81/98, *Alcatel Austria AG e a., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG c. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* (Racc. giur., 1999, p. 1-767). La Corte, sulla base degli artt. 1 e 2, n. 1, lett. (b), della 89/665/CEE, stabilisce l'estesa accezione di «decisione impugnabile» per mancanza di limitazioni in merito alla sua natura o contenuto, il conseguente obbligo per gli Stati membri di prevedere una procedura di ricorso che consenta di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione e, quale necessaria implicazione, un termine tra la decisione medesima e la firma del relativo contratto che ne permetta l'esperimento. La Corte considera irrilevante che la direttiva non stabilisca un termine tra la decisione di aggiudicazione e un appalto e la conclusione del contratto. Come rilevato dall'Avvocato generale Misho, ciò non impedisce che non possa essere definito dalla Corte «*in a way that complies with the requirements of effectiveness*» (cfr. par. 63 delle conclusioni).

⁴⁷ Sentenza 24 giugno 2004, causa C-212/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria* (dispositivo in *G.U.* della UE, del 7 agosto 2004, n. C-201, p. 3), in cui l'obbligo di informare i partecipanti alla gara della decisione di aggiudicazione e di assicurare un termine sufficiente per esaminarla ed eventualmente presentare ricorso per ottenere misure cautelari, vengono identificati quali condizioni che concretamente assicurano una tutela completa, efficace ed effettiva. Infatti, considerato l'obiettivo di garanzia delle direttive ricorsi (rimarcato sin dalla sentenza 11 agosto 1995, causa C-433/93, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*, Racc. giur., 1995, p. 1-02303), «*[s]uch protection cannot be effective if the tenderer is not able to rely on those rules against the contracting authority*» (cfr. i punti 20, 21 e 23).

⁴⁸ Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TRELA Leuna* (Racc. giur., 2005, p. I-1). La Corte, *inter alia*, estende la garanzia di tutela anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, con il veto agli Stati membri di subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata. Precisa inoltre che, tale possibilità di ricorso è concessa a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici (cfr. punto 41).

discriminazione, concorrenza, proporzionalità e trasparenza. Il sistema che delinea, peraltro, sembra retto da una filosofia che se da un lato privilegia la dissuasione attraverso le sanzioni più che la composizione amichevole dei conflitti, dall'altro mira *in primis* a garantire una piena tutela nella fase antecedente all'esecuzione del contratto aggiudicato illegittimamente.

Sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, integrativa o innovativa che fosse, la libera circolazione di merci e servizi, la libertà di stabilimento e l'apertura ad una concorrenza non falsata (ovvero i principi del libero mercato), vengono maggiormente assicurate estendendo la garanzia di tutela anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, prevedendo una procedura di ricorso che consenta di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione nonché la privazione di effetti del contratto aggiudicato mediante affidamento diretto illegittimo. Concretamente, ciò viene realizzato anche attraverso un gioco di termini e sanzioni (sospensivi, dilatori e di decadenza) conseguenti alla loro violazione, rafforzato ulteriormente dalla possibilità della tutela cautelare *ante causam*.

I principi fondanti, di effettività della tutela e di legalità così come quello della parità di trattamento assumono quindi una più marcata valenza sostanziale, mentre il principio di trasparenza viene ad occupare una posizione cardine, rivelando la sua pervasività e complessità. Ciò è ascrivibile anche all'accresciuta sensibilità nell'identificarlo come strumento garante del confronto concorrenziale e, quindi, della riduzione dei costi e delle inefficienze, in un "sistema appalti pubblici" (nella sua accezione più ampia) in cui assumono sempre più forza le istanze sociali, etiche ed ambientali. Se la sua originaria applicazione si risolveva nel dovere di informazione e pubblicità, la consapevolezza che la sua forza è direttamente proporzionale alla disponibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi, implica quale corollario che la trasparenza è altresì una questione di termini (e di sanzioni), in quanto anche da questi dipende non solo l'esperibilità pratica del ricorso, ma la sua efficacia.

I contenuti caratterizzanti della direttiva possono essere così sintetizzati.

In primo luogo, al fine di garantire in materia di appalti, una tutela processuale effettiva e celere, che giunga, di regola prima della stipula del contratto, si disciplina, analiticamente, l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare un congruo termine dilatorio o sospensivo (c.d. *stand-still*) fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. Gli Stati membri devono, inoltre, prevedere un ulteriore effetto sospensivo decorrente dalla proposizione del ricorso giurisdizionale e perdurante fino alla pronuncia giurisdizionale (cautelare o di merito a scelta degli Stati membri).

Si prevedono poi (art. 2-*quinquies*) alcune ipotesi tipiche in cui l'accertata violazione di determinati precetti del diritto comunitario deve comportare – obbligatoriamente – la integrale "privazione di effetti" del contratto eventualmente stipulato, salve alcune tassative eccezioni che conducono all'applicazio-

ne di sanzioni alternative. Tali fattispecie sono riferite, essenzialmente, alla radicale assenza della procedura concorrenziale o al mancato rispetto di uno dei termini sospensivi per la stipula del contratto.

Per un altro gruppo – anche esso circoscritto – di fattispecie (art. 2-*sexzes*, par. 1), gli Stati membri possono scegliere, discrezionalmente, se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, purché proporzionati e dissuasivi (diversi ed ulteriori dal risarcimento del danno).

In tali due ipotesi, secondo la direttiva, la scelta circa l'applicazione delle sanzioni alternative può essere stabilita dalla legge nazionale, oppure affidata, di volta in volta, all'Autorità decidente (giudice o altro soggetto imparziale).

Al di fuori dei casi appena menzionati, la tutela della parte interessata è rimessa al diritto nazionale, il quale può anche prevedere che essa sia limitata al solo risarcimento del danno per equivalente.

In sintesi, quindi, la direttiva prevede tre diverse fattispecie: 1) violazioni gravi, in cui la caducazione del contratto è obbligatoria salvo che ricorrano esigenze imperative di interesse generale, nel quale caso si applicano le sanzioni alternative; 2) violazioni sempre gravi (violazione dei termini), non caratterizzate da un concreto effetto sulle possibilità di ricorso e di aggiudicazione dell'appalto, in cui è rimessa agli Stati la scelta tra caducazione e sanzioni alternative; 3) violazioni non gravi, in cui spetta al diritto nazionale determinare gli effetti dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto, con espressa previsione della possibilità di limitare la tutela al solo risarcimento del danno per equivalente, con salvezza del contratto sebbene preceduto da una illegittima aggiudicazione.

Sotto il profilo processuale, la direttiva prevede che la privazione di effetti obbligatoria debba essere accertata con apposita decisione.

Secondo il comma 1 dell'art. 2-*quinquies*, gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso.

Questa affermazione è ancora più chiara nelle premesse della direttiva (Considerando n. 13): *“La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo”*.

Ancora, il diritto comunitario non prende alcuna significativa posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della “privazione degli effetti” obbligatoria. Non si tratta di una lacuna “dogmatica”, ma di una meditata scelta, volta ad attribuire, anche in questo campo, un ampio margine di scelta agli ordinamenti nazionali.

In questa prospettiva, il comma 2, dell'art. 2-*quinquies* stabilisce che *“le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale, pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effet-*

to retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere. In quest'ultimo caso gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni ai sensi dell'art. 2 sexsies, paragrafo 2."

Secondo le premesse alla direttiva, *"nel prevedere che gli Stati membri fissino le norme atte a garantire che un appalto sia considerato privo di effetti, si mira a far sì che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti. Ma, in termini più analitici, le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto dovrebbero essere determinate dal diritto nazionale... Pertanto il diritto nazionale può, ad esempio, prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (ex tunc) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere (ex nunc). Ciò non dovrebbe condurre a una mancanza di forti sanzioni se gli obblighi derivanti da un contratto sono già stati adempiuti interamente o quasi interamente. In tali casi gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni alternative che tengano conto in che misura il contratto rimane in vigore conformemente al diritto nazionale"*.

Si contempla, innovativamente, la possibilità, per gli Stati membri, di stabilire che la domanda di risarcimento dei danni debba essere subordinata alla (tempestiva) richiesta di annullamento dei provvedimenti ritenuti illegittimi.

Secondo il nuovo articolo 2, comma 6, della direttiva n. 665/1989, *"gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata"*.

Il diritto comunitario dunque chiarisce che una soluzione normativa nel senso dell'introduzione della "pregiudiziale" non sarebbe affatto in contrasto con la direttiva ricorsi e non potrebbe considerarsi limitativa delle garanzie minime di difesa, imposte a livello europeo.

9. *L'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88*

La direttiva affronta, quindi, aspetti e problematiche che interessano temi già da tempo all'attenzione della nostra giurisprudenza; e, per alcuni (limitati) profili, già toccati da interventi del legislatore. Ora, alcune delle scelte che la direttiva rimetteva alla valutazione degli Stati nazionali sono già contenute nella norma di delega (art. 44 legge 7 luglio 2009, n. 88).

In particolare, la delega, che si caratterizza per l'indicazione di criteri direttivi spesso molto analitici e dettagliati, prevede:

a) l'introduzione di un rito speciale in materia di appalti, con razionalizzazione e abbreviazione di tutti i termini vigenti, ivi compreso quello per la proposizione del ricorso che, per espressa previsione, non può essere superiore a trenta giorni;

b) la preclusione alla stipulazione del contratto fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero sino alla pubblicazione del dispositivo di primo grado, in udienza o nei successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare;

c) la privazione obbligatoria degli effetti del contratto in presenza delle violazioni molto gravi individuate dal diritto comunitario, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti, tra privazione di effetti retro attiva o limitata alle prestazioni da eseguire;

d) l'attribuzione al giudice, in presenza delle violazioni gravi (anche queste già puntualmente indicate nella direttiva da recepire), della scelta tra privazione degli effetti del contratto (e relativa decorrenza) e sanzioni alternative;

e) l'attribuzione in tutti gli altri casi al giudice della scelta tra privazione di effetti del contratto ovvero risarcimento per equivalente del danno effettivamente subito e comprovato.

La delega per il recepimento della direttiva ricorsi contiene, inoltre, alcuni criteri in materia di accordo bonario e arbitrato, che sono temi che esulano dall'ambito della direttiva ricorsi, e sui quali non vi sono vincoli comunitari.

10. *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi (d.lgs. n. 53 del 2010)*

Il decreto di recepimento della direttiva è entrato in vigore il 27 aprile del 2010. Qui di seguito saranno svolte alcune brevi notazioni sul nuovo assetto della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici che viene introdotto dal decreto legislativo, naturalmente senza alcuna pretesa di esaustività.

Intanto, va rilevato che il recepimento della direttiva ha seguito il percorso normativo abituale: la previsione nella legge comunitaria di una disposizione di delega, finalizzata a precisare l'oggetto ed a fissare i criteri di recepimento (appunto, l'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88); un decreto legislativo di attuazione, dedicato esclusivamente al recepimento della direttiva, con l'eccezione – come anche nella legge delega – dell'inserimento di nuove disposizioni in materia di accordo bonario ed arbitrato, certo non riconducibili a vincoli comunitari che nel caso di specie non sussistevano, ma magari alla circostanza che si tratta di materie comprese nel codice dei contratti pubblici, come del resto gli altri settori presi in considerazione dall'art. 44.

Inoltre, l'iter di formazione del decreto è stato arricchito dalla previsione dell'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato che, nel caso di specie, ha formulato numerose osservazioni in gran parte recepite dal legislatore delegato⁴⁹.

⁴⁹ Vedi in proposito F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in *GiustAmm.it*, 2010.

Si è già riferito su come gli obiettivi che il legislatore comunitario si era prefisso di conseguire ruotassero attorno a due esigenze ritenute, nell'ottica comunitaria, fondamentali ed entrambe meritevoli di tutela.

La prima consiste nella salvaguardia degli effetti del contratto, stipulato da una stazione appaltante pubblica; qui la scelta di campo è indiscutibilmente per la stabilità delle relazioni contrattuali, intesa come valore essenziale per la certezza dei rapporti giuridici e per il buon funzionamento delle relazioni economiche, sacrificabile solo nei casi di maggiore gravità. La seconda esigenza che il diritto comunitario intende salvaguardare è invece una adeguata tutela di coloro che ambiscono all'affidamento di un contratto pubblico e che quindi partecipino – o intendano partecipare – al relativo procedimento di selezione; al fine si intende assicurare una protezione effettiva al concorrente nell'ambito di un processo che contempli la possibilità di assegnare il c.d. “bene della vita” e quindi la vera ed originaria posizione contrattuale in luogo di risarcimento per equivalente, incerti sia sull'*an* che sul *quantum*.

Nel decreto n. 53/2010, le due finalità proprie della direttiva vengono nella sostanza fatte proprie dal legislatore nazionale e congiunte in un disegno unitario che fissa due linee di percorso: tende a differire la stipula del contratto al tempo in cui le dispute giudiziarie saranno risolte; e mira ad accelerare lo svolgimento del processo, al fine di impedire insostenibili paralisi nell'azione amministrativa.

Per questa via, rinviando il contratto a quando il processo sarà concluso, si ottiene di evitare la stipula di contratti instabili ed a rischio di inefficacia a causa di sopravvenuti annullamenti per illegittimità verificatisi nella fase procedimentale.

Il decreto legislativo di recepimento, peraltro, per un verso introduce modifiche al codice dei contratti pubblici, intervenendo sia sul piano degli istituti di rilevanza sostanziale e, più ampiamente, sul piano della tutela giurisdizionale; per l'altro, va rilevato come la gran parte delle norme in esso contenute siano destinate a confluire nel codice del processo amministrativo, in linea con le indicazioni contenute nel parere reso dal Consiglio di Stato.

11. *Sulle scelte operate dal legislatore nazionale: alcuni profili problematici*

Le scelte operate dal legislatore nazionale in sede di recepimento, non possono che essere valutate in relazione all'idea generale che impronta di se la direttiva, e che emerge già dai *considerando*, secondo cui il differimento della stipulazione del contratto è volta a consentire la correzione preventiva delle eventuali violazioni poste in essere dalla stazione appaltante, impedendo la produzione di effetti contrattuali, viene sviluppato anzitutto con il nuovo istituto della “proroga” del termine per la stipulazione, peraltro a recepimento facoltativo.

Più in particolare è previsto che se, in pendenza del termine dilatorio ordinario, una delle parti propone un ricorso alla stessa amministrazione, i legislatori degli Stati membri *possono* prevedere una autonoma proroga del termine per

la stipulazione del contratto, almeno sino alla decisione dell'autorità. Il fine è chiaro e se ne è già fatto cenno: quello di evitare, con ogni mezzo, che le amministrazioni aggiudicatrici possano rapidamente attivarsi per la sottoscrizione del contratto da parte dell'appaltatore, rendendo così irreversibili, in mancanza di efficaci mezzi di contrasto, "...le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata" (quarto considerando della direttiva n. 66/2007).

Per dare riscontro a questa esigenza, il legislatore nazionale si è attivato su più versanti: prevedendo, attraverso alcune modifiche all'art. 11 del codice dei contratti pubblici, nuove regole riguardanti il termine dilatorio – o sospensivo – per la stipulazione del contratto, ora fissato in trentacinque giorni; reputando di non indicare in modo rigido i presupposti della inefficacia del contratto, lasciando così la decisione al giudice, anche sulla base delle deduzioni delle parti; risolvendo (si auspica, una volta per tutte) l'annosa questione del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, con la previsione della estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative⁵⁰ (qui va rilevato come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ordinanza 10.02.2010, n. 2906⁵¹, abbiano avallato la soluzione della concentrazione delle tutele presso il giudice amministrativo proprio alla luce della direttiva del 2007 "che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un unico giudice"); e tentando, inoltre, di introdurre ulteriori misure volte ad una auspicabile deflazione del contenzioso come, ad esempio, il c.d. preavviso di ricorso⁵².

In proposito, come è noto, la direttiva si limitava ad invitare gli Stati membri ad esigere che il soggetto interessato proponesse in primo luogo il ricorso presso l'Amministrazione aggiudicatrice. Una sorta di ricorso in opposizione.

Il nostro legislatore, invece, con l'art. 44, co 3, lett. d) della legge n. 88 del 2009, ha ritenuto di porre un diverso indirizzo da rispettare poi in sede di decreto legislativo.

È stato previsto infatti, nella legge delega, che l'amministrazione, sin da quando è "tempestivamente informata dall'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale" ha il dovere di "valutare" se evitare un intervento demolitorio del Giudice, ponderando in merito alla sussistenza dei presupposti per intervenire in autotutela.

⁵⁰ Per un primo commento su tali importanti novità vedi, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *GiustAmm.it*, 2010.

⁵¹ In *www.lexitalia.it*, n. 2/2010 ed in *GiustAmm.it*, 2010.

⁵² Vedi in proposito, F. ASTONE, *Il preavviso di ricorso (ovvero dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale)*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2010, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 103/110.

Come detto la legge delega è del luglio del 2009. Quasi coevasamente, il Tar Piemonte, I, n° 2125 del 30 luglio 2009, si è pronunciato in merito alla doverosità della valutazione dell'Amministrazione sulla richiesta di intervento in autotutela, statuendo che rientra nell'obbligo di provvedere della P.A. l'istanza di riesame di un provvedimento presentata dall'interessato anteriormente alla scadenza del termine per l'impugnativa giurisdizionale; e che sia, l'istanza, documentalmente motivata in ordine ai vizi dell'atto. In tal caso non trova applicazione la preclusione secondo cui non sussiste l'obbligo di provvedere sulle istanze di autotutela, a fronte dell'ampia responsabilità e discrezionalità dell'amministrazione, in quanto una siffatta preclusione è comunque correlata alla definitività dei provvedimenti ed è dettata dalla esigenza di non consentire elusioni del principio della perentorietà del termine a ricorrere. Un obbligo dell'Amministrazione, quindi, di riesame del proprio provvedimento sul piano della legittimità; non per eludere l'onere di impugnativa gravante sulla parte nel termine di decadenza, bensì per prevenire – nel termine di impugnativa tutt'ora aperto – un contenzioso che può essere evitato attraverso il corretto esercizio del potere di autotutela.

Ora, già in sede di legge delega, l'opzione del ricorso amministrativo in opposizione, offerta dalla direttiva n. 66, era stata esclusa in quanto ritenuta inattuabile nel nostro ordinamento, alla luce dei ristrettissimi tempi che residuerebbero, nel nuovo assetto delle tutele definito dal decreto in esame per la decisione dell'amministrazione su questa peculiare tipologia di ricorso amministrativo; ed in ragione di ciò, alla luce della esigenza di non precludere la possibilità di ricorrere al giudice.

Nel decreto legislativo n. 53 del 2010 il "preavviso di ricorso" si trasfigura e diviene, "*Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale*", prevedendosi che i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

"L'informativa" introduce questioni assai delicate e diversi profili problematici, anche se va rilevato sin d'ora che alla sua presentazione – o mancata presentazione – non sono ricollegati effetti giuridici macroscopici.

Intanto risulta confermata la strada prescelta di scartare l'opzione del ricorso all'amministrazione, che era quella suggerita dal diritto comunitario, per i motivi che si sono accennati; in sintesi per la sua scarsa gestibilità, alla luce dei tempi della decisione e del rischio di eccessiva compressione del diritto alla tutela giurisdizionale.

In distonia, poi, rispetto all'evidente *favor* verso la partecipazione e verso lo scambio di opinioni in sede ancora procedimentale tra i partecipanti alla gara e la stessa stazione appaltante (al fine di creare le condizioni per una "correzione preventiva" di eventuali violazioni), da una rigorosa applicazione del meccanismo procedurale, potrebbe, alla luce della nuova disposizione derivarne piuttosto un aggravamento del procedimento, con allungamento dei tempi della decisione.

Naturalmente, la norma poteva essere anche costruita in termini di obbligatorietà della presentazione della informativa alla stazione appaltante sulla presunta violazione da essa perpetrata. Così non è stato, dato che la scelta operata a livello governativo va per ora nel senso di considerare la mancata presentazione come comportamento valutabile dal giudice in termini di spese e di riconoscimento del danno, con un esplicito richiamo all'art. 1227 del codice civile. A sua volta l'omesso riscontro dell'informativa da parte della stazione appaltante, ai sensi del comma 6, costituisce anch'esso comportamento valutabile dal giudice ai fini dell'eventuale condanna alle spese e dell'eventuale risarcimento del danno.

In conclusione, vorrei ancora sottolineare come uno dei capisaldi della direttiva è la privazione degli effetti del contratto, nei casi delle violazioni più gravi nell'ottica comunitaria. La privazione degli effetti è infatti considerata in tali casi necessaria ed indefettibile. I *considerando* tuttavia "contemplano" situazioni in cui il risarcimento del danno e le sanzioni alternative sono sufficienti a ristorare del pregiudizio sofferto. Ed ancora la direttiva contempla l'ipotesi che vi siano esigenze imperative che prevalgono nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione determinando la possibilità di dare comunque esecuzione al contratto.

Ma che tipo di esigenze imperative in concreto?

Non devono essere esigenze economiche che derivano dall'appalto; piuttosto esigenze pubbliche, che quella prestazione sia effettivamente posta in essere altrimenti la collettività, il cittadino, l'interesse pubblico ne ha nocumento.

In tal senso il decreto n. 53/2010 considera ammissibile l'esecuzione di urgenza non solo nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ma anche nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare.

THE IMPLEMENTATION OF THE EU "RECOURS" DIRECTIVE: PROBLEMATIC PROFILES OF CHOISES BY THE NATIONAL LEGISLATOR

by Francesco Astone

Abstract

The market of public contracts has become perhaps the most important in Europe: a market where conflicting interests are measured uninterruptedly not only in substantive terms but also in terms of legal protection.

The innovations of Directive no. 66/2007, and the legislative decree implementing the EU directive, seems to be able to revise the terms of legal protection in public procurement.

Le riforme costituzionali del 1999-2001
sulla forma di stato dieci anni dopo
*Traccia introduttiva per un dibattito che si proponga
di fare un bilancio del decennio**

di Marcello Cecchetti

SOMMARIO: 1. Le premesse della riflessione: alla ricerca di punti di riferimento condivisi. - 2. I paradossi della situazione attuale: tra frustrazione, disillusione, disapplicazione e spinte “controriformatrici”. - 3. La difficile ricerca delle ragioni di un bilancio apparentemente così deludente: si può dare un ordine alla complessità? - 4. Quale direzione imboccare per il futuro?

1. *Le premesse della riflessione: alla ricerca di punti di riferimento condivisi*

Qualunque tentativo di analizzare il rendimento istituzionale delle riforme costituzionali sulla c.d. “federalizzazione” della forma di stato italiana (legge cost. n. 1 del 1999, legge cost. n. 2 del 2001 e legge cost. n. 3 del 2001) non sembra poter fare a meno di muovere dalla individuazione degli obiettivi, delle aspettative e perfino delle “speranze” o degli “auspici” che si ponevano a sostegno o che, quantomeno, accompagnavano quegli interventi riformatori, i quali, come è noto, erano maturati – nella loro versione più compiuta prima dell’avvio dei procedimenti di revisione che condussero alla loro approvazione – nell’ambito dei lavori dell’ultima Commissione bicamerale per le riforme costituzionali presieduta dall’on. D’Alema.

a) Si può ritenere che quelle riforme fossero caratterizzate da due coordinate principali:

– *il rafforzamento del potere decisionale dei cittadini nella determinazione degli indirizzi politici delle istituzioni rappresentative*, in particolare sul versante dell’elezione degli esecutivi e delle assemblee legislative delle Regioni, in

* Nota preparatoria del Seminario *I nodi (ancora) irrisolti del federalismo italiano*, organizzata dalla Fondazione Italianieuropei, Roma, 19 gennaio 2010.

linea con quanto già precedentemente avvenuto con le riforme della legislazione ordinaria per l'elezione dei Sindaci e dei Presidenti delle Province (legge n. 81 del 1993) e per l'elezione dei Consigli regionali (legge n. 43 del 1995); a proposito di questa linea di tendenza, qualcuno parlò, addirittura, di "restituzione" dello scettro al popolo sovrano;

– *l'avvicinamento del potere pubblico, nelle sue diverse manifestazioni, alle situazioni e ai bisogni concreti dei cittadini*, mediante la decisa valorizzazione dei livelli territoriali di governo coincidenti con le autonomie comunali, provinciali e regionali, in perfetta continuità con quanto già si era provato a realizzare con le riforme "Bassanini" del c.d. "federalismo amministrativo a Costituzione invariata".

b) A queste coordinate risultavano collegati alcuni "macro-obiettivi" che i riformatori costituzionali di quegli anni intendevano conseguire, a prescindere dalle ragioni "contingenti" e/o "strumentali" che possono aver determinato la convergenza delle singole forze politico-partitiche nella risposta ad un generico quanto imprecisato "bisogno di federalismo":

– *il perseguimento della stabilità dei governi regionali*, alla quale si collegava altresì una forte domanda di alternanza politico-programmatica e di deframmentazione del quadro politico;

– *l'ampliamento del ruolo politico-amministrativo delle autonomie territoriali e del pluralismo istituzionale*, in coerenza con i principi fondamentali già scolpiti nell'art. 5 della Carta costituzionale, attraverso lo spostamento del baricentro del sistema sulle sfere di competenza e sui poteri degli enti autonomi territoriali;

– *l'aumento del tasso di democraticità dell'ordinamento complessivo* attraverso l'affermazione del *principio di sussidiarietà*, sia in senso verticale che in senso orizzontale, come nuovo criterio atto a privilegiare e responsabilizzare i livelli di governo più vicini al cittadino, garantendo, al tempo stesso, una spiccata flessibilità dei meccanismi di allocazione del potere pubblico, anche in relazione ai confini con le attività dei soggetti privati;

– *la riduzione dei compiti e degli apparati dello Stato* a quanto strettamente indispensabile a garantire la unità e indivisibilità della Repubblica, ossia la coesione unitaria del sistema e la salvaguardia delle condizioni minime essenziali di eguaglianza dei cittadini sul territorio;

– *lo snellimento, la semplificazione e la razionalizzazione organizzativa dell'amministrazione statale* che, si riteneva, avrebbero potuto compensare – in termini di efficienza, efficacia e tempestività dell'azione amministrativa, nonché di ottimizzazione nell'uso delle risorse pubbliche – l'inevitabile "complicazione" che sarebbe derivata dalla moltiplicazione dei centri decisionali.

È possibile condividere, a distanza di un decennio, tali punti di partenza, oppure altri e diversi se ne debbono aggiungere o sostituire?

2. *I paradossi della situazione attuale: tra frustrazione, disillusione, disapplicazione e spinte "controriformatrici"*

Rispetto agli obiettivi originari appena menzionati, il sentimento oggi diffuso e assolutamente predominante è senza dubbio quello di una generale frustrazione.

Nessuno di quei macro-obiettivi può ritenersi raggiunto in termini soddisfacenti.

Se, forse, almeno in apparenza e in linea generale, può considerarsi conseguito l'obiettivo di una maggiore stabilità dei governi regionali direttamente investiti dal corpo elettorale, può dirsi altrettanto per l'alternanza politico-programmatica e per l'effettiva deframmentazione del quadro politico? E, in ogni caso, quella stabilità non è forse stata raggiunta, nei fatti, al prezzo di una interpretazione assolutamente rigida del modello di forma di governo regionale e di un sacrificio pressoché totale del ruolo – ormai quasi esclusivamente "ratificatorio" – affidato alle assemblee elettive (Consigli regionali e Consigli delle autonomie locali)?

Gli enti autonomi territoriali, pure dotati sulla carta di amplissime sfere di competenze normative e amministrative, si sono forse rivelati capaci di elaborare ed attuare politiche pubbliche autenticamente nuove, originali e in grado di fornire risposte adeguate alle esigenze della collettività?

Il principio di sussidiarietà, nella sua dimensione "verticale", ha effettivamente connotato in termini radicalmente innovativi il sistema di ripartizione dei poteri pubblici tra livelli di governo e, nella sua dimensione "orizzontale", ha condotto concretamente alla individuazione di una nuova linea di confine tra compiti pubblici e attività dei privati?

I cittadini hanno potuto avvertire concretamente un aumento del tasso di democraticità del sistema oppure, invece, hanno dovuto assistere alla riduzione dei loro poteri e al progressivo allontanamento delle istituzioni dai loro bisogni reali?

Gli apparati e i poteri dello Stato centrale non si sono forse ulteriormente ampliati, arricchendosi di compiti e funzioni nuove, senza perdere quelli che avrebbero dovuto transitare al sistema delle autonomie?

Potremmo mai affermare che l'azione delle amministrazioni pubbliche, nel suo complesso, abbia raggiunto standard accettabili di efficienza, di efficacia, di tempestività e di ottimizzazione delle risorse?

O, piuttosto, la moltiplicazione dei centri decisionali e la frammentazione delle competenze non hanno contribuito a rendere più incerto, complicato e disfunzionale il sistema pubblico cui fanno inevitabilmente riferimento gli operatori economici e i soggetti privati?

Frustrazione e disillusione rispetto agli obiettivi e alle aspettative di allora non esauriscono il quadro della situazione attuale.

All'indomani dell'entrata in vigore delle riforme, trascorso un primo perio-

do di “disorientamento” e un secondo (più breve) periodo di “assestamento”, negli ultimi anni appare sempre più evidente l’affermarsi di una prassi diffusa – sia a livello politico-istituzionale che a livello di dottrina e di cultura civica generale – che si caratterizza come vera e propria “disapplicazione”, se non diretta “violazione”, del testo costituzionale; prassi diffusa a fronte della quale sempre più isolate e flebili risultano le critiche, le obiezioni e financo le reazioni.

Per molti aspetti, senza che ve ne sia neppure una sufficiente consapevolezza e, comunque, nella generale indifferenza, si assiste all’applicazione del diritto costituzionale della forma di stato che si era consolidato nella vigenza del testo della Costituzione del 1947. Con l’aggravante, però, in termini di disorientamento e di incertezza complessiva, che non possiamo più fare riferimento al vecchio testo e ai vecchi istituti con i loro “pesi” e “contrappesi”, ma possiamo, al più, riempire di contenuti vecchi le formule nuove del testo costituzionale oggi formalmente vigente, con il rischio di un progressivo e sempre più evidente indebolimento della sua forza precettiva.

Gli esempi concreti sono numerosi:

- la *clausola dell’interesse nazionale*, che aveva consentito, nel sistema anteriore alle riforme, di far nascere e orientare tutte le politiche pubbliche dal centro. Oggi, formalmente, nessuno afferma che tale clausola debba ancora informare, secondo le medesime logiche di allora, i rapporti tra Stato e autonomie; ma tutti, legislatori, amministrazioni e giudici (*in primis* la Corte costituzionale), operano pacificamente come se quell’istituto ci fosse, oltretutto senza le garanzie e i “contrappesi” che faticosamente la giurisprudenza costituzionale precedente aveva elaborato;

- la *potestà legislativa generale dello Stato*. Oggi nessuno può negare che le Regioni siano dotate, sulla carta, della competenza legislativa residuale e che lo Stato abbia attribuzioni legislative delimitate; ma l’interpretazione largamente estensiva dei titoli di legislazione statale, le c.d. “materie trasversali”, il riconoscimento allo Stato della potestà legislativa c.d. “sussidiaria” e l’interpretazione fortemente restrittiva delle materie riconducibili all’area della “residualità” determinano un assetto ben poco dissimile in concreto da quello – pure ispirato ad una diversissima concezione dei rapporti tra Stato e Regioni – del precedente testo costituzionale;

- la *potestà legislativa regionale di tipo attuativo-integrativo*, ossia fondata su una specifica autorizzazione (o rinvio) contenuta in singole leggi statali. Nessuno ne parla, pochi in dottrina l’hanno ritenuta ancora ammissibile, ma il legislatore statale continua a farne ampio uso e la Corte costituzionale, pur senza mai affrontare il problema *ex professo*, continua a ritenerla pienamente legittima;

- il *riparto della potestà regolamentare*, oggi formalmente costruito sul rigido criterio materiale dell’art. 117, comma 6, Cost., ma continuamente eluso dall’attribuzione agli organi statali di funzioni sostanzialmente normative con la clausola di stile “non aventi natura regolamentare”;

- la *potestà statale di indirizzo e coordinamento*, caposaldo del sistema del-

le relazioni Stato-Regioni nel sistema previgente. Nessuno la nomina come tale, ma è innegabile che oggi risorga sempre più frequentemente negli stessi termini sostanziali di allora (senza però le garanzie procedurali che erano state faticosamente imposte dal giudice costituzionale), ossia con la capacità di limitare e condizionare tutte le sfere di autonomie delle Regioni in nome dell'interesse nazionale, che però prende il nome di "esigenze unitarie" o di "esigenze di uniformità".

L'elenco degli esempi potrebbe continuare con l'interpretazione rigorosissima (e quasi paradossale) del *limite dell'armonia con la Costituzione* imposta dal giudice costituzionale all'autonomia statutaria delle Regioni, soprattutto in tema di determinazione della forma di governo; con la linea di continuità che caratterizza ancora oggi la *posizione degli enti locali*, sempre alla ricerca di una relazione diretta con lo Stato centrale che consenta di eludere il più possibile il ruolo della Regione; con il *perdurante utilizzo degli antichi strumenti di raccordo interistituzionale* fondati sul sistema della Conferenze, ancora disciplinato dal d.lgs. n. 281 del 1997; infine, ovviamente, con il *sistema della "non-autonomia finanziaria"* degli enti autonomi territoriali, ancora massimamente basata sulla finanza derivata dallo Stato centrale anno per anno, con il giudice costituzionale che apertamente ha di fatto relegato l'art. 119 Cost. ad una sorta di "stato di quiescenza" destinato, purtroppo, a perdurare ancora a lungo considerati i tempi per l'entrata a regime della nuova disciplina delegata al Governo con la legge n. 42 del 2009.

Quella che può apparire come una semplice e un po' paradossale "provocazione", per chi si approcci tecnicamente e dall'interno al funzionamento attuale della nostra forma di stato, è una constatazione più che reale e concreta: la nostra Costituzione vivente, quella che la collettività in generale e le sue istituzioni percepiscono e applicano, è in buona sostanza quella vigente fino al 1999 e i pochi elementi di novità finiscono per costituire quasi delle "contaminazioni" disfunzionali rispetto al modello previgente.

In questa ottica, non è privo di significato il fatto che qualcuno, sia in dottrina che nelle istituzioni, cominci a prospettare, in termini sempre più seri e meno "velati", l'esigenza di una revisione costituzionale "controriformatrice", che sia in grado di correggere o eliminare le "utopie" o "fughe in avanti" che avevano, in qualche misura, preso la mano del legislatore costituzionale del 1999-2001.

3. *La difficile ricerca delle ragioni di un bilancio apparentemente così deludente: si può dare un ordine alla complessità?*

L'individuazione delle ragioni che hanno determinato un bilancio all'apparenza tanto disastroso rispetto agli obiettivi perseguiti all'inizio degli anni 2000

non è impresa agevole e che, tanto meno, può prescindere dalla preliminare considerazione che simili fenomeni sono inevitabilmente il frutto del concorso di una vastissima serie di cause di ordine culturale, politico, istituzionale, organizzativo, tecnico-giuridico, le quali, nella reciproca interazione, finiscono per moltiplicare a dismisura i fattori di malfunzionamento di un sistema già in sé assai complesso.

Non è questa la sede per provare a soffermarsi su ciascuno dei profili appena menzionati; sarebbe probabilmente superfluo, ad esempio, rilevare che qualunque riforma complessiva di un ordinamento deve fare i conti, pressoché naturalmente, con un congruo periodo di “sedimentazione” e di “assimilazione” nella coscienza collettiva tale da consentire il superamento della “cultura” istituzionale precedente e far maturare una nuova “cultura” condivisa e coerente con le linee della riforma stessa.

Per evidenti ragioni di sintesi, si può provare ad impostare la riflessione su *tre possibili ordini di ragioni* cui imputare il fallimento degli interventi riformatori considerati:

– gli **obiettivi** che perseguivano quelle riforme costituzionali erano irrealizzabili o utopici? E se erano tali, lo erano in sé, oppure lo erano in relazione a quelle medesime riforme, dalle quali altri “rendimenti” ci si sarebbe dovuti attendere?

– gli **strumenti** individuati da quelle riforme per perseguire quegli obiettivi erano incoerenti? Erano inadeguati? Erano semplicemente insufficienti? È possibile una risposta anche parzialmente affermativa per ciascuna delle tre ipotesi?

– è l'**attuazione politico-legislativa** di quelle riforme ad essere risultata clamorosamente deficitaria e ad avere impedito, in tal modo, il naturale completamento normativo del disegno riformatore iscritto nella Carta costituzionale?

Prima di analizzare le prime due ipotesi problematiche, merita concentrarsi sulla terza, che – a mio parere – risulta pregiudiziale ad una corretta impostazione di qualsiasi ragionamento che non voglia limitarsi ad una sterile ricostruzione storica delle cause del fallimento ma intenda, al contrario, prospettare costruttivamente una linea di intervento concreto per il futuro.

Nessuno può negare che le riforme costituzionali di cui si discute non erano nate, neppure nelle ottimistiche intenzioni del legislatore costituzionale di allora, per “vivere” da sole, ma imponevano – a tutti i livelli istituzionali – l’adozione di una vasta e complessa serie di strumenti di attuazione, *in primis*, come è noto, sul versante della finanza e del sistema di imposizione fiscale, snodo essenziale per rendere le competenze e i poteri dei diversi enti territoriali realmente capaci di concretizzarsi in “politiche” degne di questo nome.

Troppo facile, però, sarebbe scaricare tutte le colpe del disastro attuale sulla – pure pesantissima – inattuazione del c.d. “federalismo fiscale” o “autonomia finanziaria degli enti territoriali” che dir si voglia.

In realtà, le riforme costituzionali del 1999-2001, nonostante le dichiarazioni di facciata, non sono state affatto “prese sul serio” e ciò, prima di tutto, sul piano politico-istituzionale e a tutti i livelli, nessuno escluso.

Pensiamo solo ad alcuni dei più significativi *deficit di attuazione* del nuovo disegno costituzionale, che si aggiungono a quello concernente l'autonomia finanziaria:

- la vicenda, dai contorni quasi grotteschi, dell'*esercizio della nuova autonomia statutaria da parte delle Regioni*, che avrebbe dovuto costituire il pilastro su cui fondare la nuova posizione costituzionale di questi enti e che, al contrario, si è caratterizzata per i clamorosi ritardi (ci sono ancora Regioni che non hanno il nuovo statuto, per non parlare delle leggi statutarie delle Regioni speciali) e per contenuti normativi largamente inadeguati rispetto alle potenzialità astratte e alle aspettative originarie;

- il clamoroso ritardo, da parte dei legislatori regionali, nell'*approvazione (ancora largamente incompiuta) delle nuove leggi elettorali* attuative della peculiare competenza legislativa riconosciuta dall'art. 122, comma 1, Cost.

- il *perdurante stato di incertezza della legislazione concorrente* di cui all'art. 117, comma 3, Cost., con la totale assenza di interventi da parte del legislatore statale volti a definire i confini delle diverse materie e a dettare in termini chiari i principi fondamentali cui vincolare la legislazione delle Regioni; neanche la delega meramente ricognitiva dell'esistente, contenuta nella legge La Loggia, è riuscita a produrre effetti significativi (basti pensare che sono stati emanati soltanto tre decreti delegati, in relazione a tre dei venti gruppi di materie elencati nella norma costituzionale);

- la *mancata individuazione dei confini degli ambiti riservati alla legislazione esclusiva dello Stato*;

- il *mancato adeguamento dei trasferimenti delle funzioni amministrative statali* e, più in generale, l'assenza di una qualunque disciplina generale sui criteri e i parametri per l'attuazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza;

- l'*inattuazione dell'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001*, il quale – come è noto – prefigurava la possibilità per i regolamenti delle due Camere di introdurre un rafforzamento del procedimento legislativo nelle materie di interesse regionale, mediante l'integrazione con rappresentanti delle Regioni e degli enti locali della Commissione parlamentare per le questioni regionali; tale inattuazione ha comportato, come più volte segnalato dal giudice delle leggi, la perdurante assenza di forme e strumenti di partecipazione e collaborazione delle autonomie ai procedimenti di formazione delle leggi statali, dalla quale la Corte ha fatto discendere, in via transitoria, l'esigenza – senza dubbio “disfunzionale” – dell'intesa forte con le Regioni per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative attratte in sussidiarietà dal legislatore statale in materie diverse da quelle di legislazione esclusiva;

- la totale *disattenzione statale e regionale circa la necessità di adeguare gli statuti delle cinque Regioni speciali*, le quali, ad oggi, in forza del perverso mecca-

nismo dell'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001, si configurano sempre di più come “monadi” all'interno di un sistema di autonomia privo di qualunque certezza;

– la generalizzata *indifferenza verso una interpretazione seria della prospettiva del “regionalismo differenziato”*, sia da parte dei Governi nazionali che si sono avvicinati in questi anni, sia da parte delle stesse Regioni che più avrebbero potuto sollecitare l'attuazione del nuovo art. 116, comma 3, Cost.;

– la *mancata approvazione della legge statale sugli organi di governo e le funzioni fondamentali degli enti locali*, che avrebbe consentito di adeguare al nuovo testo costituzionale il vecchio ordinamento degli enti locali contenuto nel testo unico del 2000;

– la generalizzata *modestia quantitativa e qualitativa delle forme di esercizio, da parte degli enti locali, della nuova potestà regolamentare* riconosciuta in via generale dall'art. 117, comma 6, per la disciplina dell'organizzazione e delle modalità di esercizio delle loro funzioni amministrative.

Questi esempi, ai quali molti altri se ne potrebbero aggiungere, mostrano in termini evidenti come il testo costituzionale riformato sia stato, più o meno consapevolmente, “abbandonato” a sé stesso dalle istituzioni politico-legislative e dunque, di fatto, sia stato affidato al giudice costituzionale chiamato a risolvere il contenzioso tra Stato e Regioni, quasi sempre senza altri punti di riferimento che la mera volontà politica di contrapporsi dei soggetti in gioco.

Ciò non significa, ovviamente, che gravi responsabilità non possano essere addebitate anche alla Corte costituzionale. Dopo un primo periodo, collocabile tra il 2002 e il 2006, nel quale il giudice delle leggi ha senza dubbio “provato” seriamente a ricostruire il sistema del riparto dei poteri pubblici e a riempire – in qualche modo e magari solo in via transitoria – gli spazi affidati all'attuazione legislativa, facendo scrupolosa applicazione del nuovo testo costituzionale, si assiste oggi – almeno a partire dal 2007 e senza significative reazioni da parte della dottrina e del mondo politico-istituzionale – ad una giurisprudenza sempre più asistemica, incoerente con i propri stessi precedenti, nel complesso incerta e lacunosa, soprattutto clamorosamente appiattita su logiche pertinenti al vecchio modello costituzionale centralista, quasi che le radicali novità del testo costituzionale vigente fossero da considerare lettera morta.

4. *Quale direzione imboccare per il futuro?*

Il quadro che si è provato fin qui a sintetizzare pone un problema di fondo: quale grado di attendibilità può avere oggi il bilancio della “resa istituzionale” di una riforma lasciata consapevolmente “senza gambe” e, dunque, incapace di funzionare concretamente nei suoi snodi essenziali?

Possiamo davvero spostare l'attenzione e concentrarci direttamente sull'eventuale erroneità o inadeguatezza degli strumenti allora individuati, proponendoci di cambiarli o di reintrodurre quelli del precedente modello costituzionale, oppure addirittura sull'erroneità/impossibilità degli obiettivi che allora accompagnarono e sostennero quegli interventi di riforma?

Oppure non merita assai più optare per una preliminare riflessione sugli strumenti attuativi che oggi sarebbe necessario predisporre per dare finalmente compiutezza, concretezza e funzionalità alla direzione imboccata nel 1999-2001?

L'attuazione delle norme costituzionali sull'autonomia finanziaria è senza dubbio un passaggio indispensabile, che può segnare un autentica svolta istituzionale, a patto, ovviamente, che risulti seria, non di facciata e coerente con l'impianto istituzionale della nuova Repubblica delle autonomie (tutte, anche quelle speciali) disegnata nel Titolo V della Parte II della nostra Carta costituzionale.

Ma se si pensa che la sola attuazione dell'art. 119 possa di per sé condurre alla realizzazione di una forma di stato (federale, regionale o altro, poco importa) compiuta e funzionale al conseguimento degli obiettivi che animavano i legislatori costituzionali del 1999-2001, l'errore sarebbe grave.

Troppi, infatti, come si è cercato di evidenziare, sia pure solo per sommi capi, sono i nodi che il testo costituzionale vigente lascia aperti e che necessiterebbero di una attuazione legislativa non più rinviabile, che risulti sorretta da una seria e consapevole volontà politica in grado di segnare il vero punto di svolta sul piano culturale e istituzionale. Solo così potremmo arrestare la deriva in atto: quella di una costituzione "vivente" sempre più lontana e difforme da quella che continuavamo a trovare scolpita negli enunciati normativi della Carta formalmente vigente e che, peraltro, nessuno – almeno a parole – dichiara di voler rinnegare condannando l'avviato "processo di federalizzazione" a pura e semplice utopia.

THE CONSTITUTIONAL REFORMS ON THE FORM OF STATE OF 1999-2001 AFTER A DECADE

Sketching out an introduction for a debate to trace out a balance of these ten years

by Marcello Cecchetti

Abstract

The "federalizing" process of the Italian form of State (l. cost. n. 1/1999, l. cost. n. 2/2001 e l. cost. n. 3/2001) moves from the debates of 1997 Joint Parliamentary Committee headed by MP D'Alema.

The reforming process of the Italian Constitution is characterized by two main

coordinates: empowering citizens in determining the political process inside representative institutions (the direct election of Regional President and the reshaping of the institutional Regional architecture); shortening the distance between citizens and “public powers” (a major role had to be given to local administrations in organizing and performing public functions – a sort of development of the cd. Bassanini reforms, known also as “administrative federalism without changing the Constitution”).

The federalizing process aimed at: stabilizing regional governments; widening the political-administrative role of local administrations (realizing an authentic institutional pluralism); enhancing the democratic standards through the tools of subsidiarity; reducing State functions and administrative intervention; reducing, simplifying and rationalizing State administration.

None of these macro-objectives has been reached. The Italian Constitution is being implemented as no change has been occurred since 1947.

The national interest clause is no more a part of our Constitutional framework but everyone (the legislators, the public administration and the courts, also the Constitutional Court) is acting like it still is.

The central role for National Laws is no more part of the Italian Constitution but the implementation of the constitutional reforms has determined a framework of relations between the National and Regional Laws that is very similar to the former one (see for example the cases of “cross-sectional” legislative fields; of the “subsidiary” legislative power; of the strict interpretation given to the “leftover” legislative power of the Regions). The State is still enacting legislation as there is a sort of regional legislative power of “implementation” of national laws (and the Constitutional Court has still not directly faced this question, allowing this asset).

The asset of secondary normative power, formally build around a strict division of fields (art. 117.6 Cost.), is persistently reversed conferring to administrative bodies of the State public functions of normative kind, using the clause that the acts adopted in the exercise of these functions “have no secondary normative nature”. The State power of “direct and coordinate” is rising and rising again. The limit of the “harmony with the Constitution” posed on regional statutory autonomy by the Constitutional Court; the position of Local Administrations; the presence of old instruments of inter-institutional coordination (the “System of the Conferences”, still disciplined by d.lgs. n. 281/1997); the lack of financial autonomy of Local and Regional Administrations, are all expressions of a “living Constitution” that is very close to the one that was into force until 1999.

Which are the reasons for the failure of the federalizing process? Are the objectives of the process? Are the tools designed to reach them? Are the legislative and political interpretation of the implementation of the reform?

The main problem is certainly the lack of authentic political will to realize the reform. The Constitution was abandoned to the Constitutional Court. The Court has been called to solve the conflicts between the State and the Regions, often without no other landmarks than the political will of opposition.

What can be the route for the future?

It is of the outmost importance a reflection on the implementing tools which have to be set up.

An important step would be the implementation of financial autonomy. But art. 119 Cost. and its implementation cannot by itself lead to the realization of the form of State (federal or regional) designed with the reforms of 1999-2001. It is necessary a political and cultural will to understand the potentials and the targets of those reforms. Otherwise the federalizing process remains a mere utopia.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo "e" / "o" Carta di Nizza*

di Alfonso Celotto

SOMMARIO: 1. Approccio del problema. - 2. Per una lettura congiunta. - 3. Per una lettura disgiuntiva. - 4. Tentativo di conclusione.

1. *Approccio al problema*

La tematica del rapporto tra Carta di Nizza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo può essere affrontata in un'ottica di diritto interno oppure in un'ottica di diritto sovranazionale. Nel primo approccio, si guarda all'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta di Nizza sul diritto interno, per studiare la portata di questi Atti europei sulla tutela nazionale dei diritti. Nel secondo, si sposta l'ottica verso la valutazione del piano sovranazionale, per determinare le sinergie, le sovrapposizioni e i conflitti tra le due Carte.

In questa sede, ho preferito privilegiare il secondo approccio (anche se gli impatti sul diritto interno sono inevitabilmente presenti), impostandolo in un'ottica dialettica. Nel riflettere sul titolo della relazione assegnatami, infatti, mi sono accorto che il punto nodale del tema risiede nella congiunzione – aggiuntiva o disgiuntiva – con cui si sceglie di legare le due Carte: Convenzione europea dei diritti dell'uomo "e" Carta di Nizza oppure Convenzione europea dei diritti dell'uomo "o" Carta di Nizza? La questione, quindi, è quella di valutare se i percorsi tra le due Carte siano paralleli o divergenti, vale a dire se operino in una logica conflittuale oppure, al contrario, vi sia convergenza.

Sia ben chiaro che quest'approccio non vuole apparire solamente come un esercizio teorico-ermeneutico. Voglio invece cercare di verificare sul campo – un po' vivacemente – gli argomenti che si possono utilizzare in un senso e quelli nell'altro.

Entrambe le alternative sono sorrette da quattro validi argomentazioni¹.

* Relazione al convegno "Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno", Camerino 25-26 settembre 2009.

¹ Indico a seguire i riferimenti bibliografici utilizzati per la ricerca. SPIELMANN D., *Human rights*

2. *Per una lettura congiunta*

Provo a sostenere che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta di Nizza procedano assieme. Che vadano legate dalla congiunzione "e".

a) Il primo argomento che possiamo spendere è quello dell'evoluzione dei processi istitutivi. Sappiamo che le due Carte sono nate in ambiti originariamente del tutto distinti e tra loro non comunicanti per quanto incidenti in un analogo ambito geografico (fra i paesi aderenti alla Cedu sono presenti anche i sei paesi fondatori della Comunità europea): da una parte, l'ambito della tutela dei diritti, dall'altro, invece, l'ambito del mercato unico. Eppure l'Europa dei diritti e l'Europa del commercio si sono avvicinate soprattutto per l'evoluzione del sistema comunitario.

Emblematica la perdita, nel tempo, di una delle due "E" della Comunità economica europea – oggi semplicemente "Comunità Europea" – proprio per intendere l'avvicinamento ad un sistema a competenza generale, che tuteli anche i diritti. Sotto questo profilo, quindi, le due Carte tendono ormai verso processi comuni, per cui possiamo sostenere che esse siano parallele e non confliggenti.

b) Come secondo argomento, si può facilmente constatare che il lento ampliamento dell'Unione europea ha fatto avvicinare l'ambito geografico: a fronte dei 27 paesi della Comunità ci sono i 46 della Cedu. Conseguentemente, l'ambito di applicazione della Carta di Nizza si è, nel tempo, geograficamente avvicinato a quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

c) Più solido è l'argomento giurisprudenziale.

Partendo dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, va ricordato che essa ha più volte citato e richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Fin dagli anni '70, si avverte l'influenza della Cedu nella tutela comunitaria dei diritti fondamentali dell'UE, a partire dalla sentenza *Nold* (CGCE, 14 maggio 1974, C-4/73), con cui la Corte di giustizia ha arricchito le sue "fonti di ispirazione", affiancando alle tradizioni comuni degli Stati membri anche «i Trattati internazionali cui questi hanno aderito», tra i quali, prima fra tutte, la Cedu.

case law in the Strasbourg and Luxembourg courts: Conflicts, inconsistencies, and complementarities, in ALSTON P. (a cura di), *The Eu and Human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1999; BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino Giappichelli, 2004, specie 32 s.; AA.VV., *Relations between international courts and community courts: Mutual deference or subordination?*, in *CMLRev.*, 2005, 584 ss.; CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007; GENNUSA M.E., *La Cedu e l'Unione europea*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit., 91 ss.; BRONZINI-PICCONI, *Parlamento europeo, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo rilanciano la Carta di Nizza: un messaggio alla futura Conferenza intergovernativa?*, in www.europeanrights.eu; COSTANZO P., *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in www.giurcost.org/studi/CostanzoBologna.htm.

Parimenti, nella successiva sentenza *Hauer* (CGCE, 13 dicembre 1979, C-44/79) si legge che «i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali stati; i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario».

In buona sostanza, le Costituzioni nazionali, le tradizioni comuni degli Stati membri e la stessa Cedu sono e rimangono fonti di ispirazione da cui la Corte di Lussemburgo muove per plasmare la tutela comunitaria dei diritti fondamentali, pur senza mai appiattirsi sull'una o sull'altra fonte. Nelle conclusioni rese dall'Avv. generale Darmon, nel caso *Orkem* (C-374/1987) si afferma, infatti, che «Non posso mancare di ricordare alla Corte che, secondo la sua giurisprudenza, l'esistenza nel diritto comunitario di diritti fondamentali tratti dalla Cedu non deriva dall'applicazione diretta di questo strumento come interpretato dalle autorità di Strasburgo. (...) I più autorevoli commentatori dei giudizi di questa Corte sottolineano anche che la sua posizione nei confronti della Cedu consiste nella maggior parte dei casi "nell'usarla semplicemente come riferimento". (...) Questa Corte può quindi adottare, rispetto alle previsioni della Convenzione, un'interpretazione che non coincide esattamente con quella data dalle autorità di Strasburgo, in particolare dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa cioè non è vincolata dall'interpretazione della Convenzione fornita dalle autorità di Strasburgo, nel senso che non deve sistematicamente tenerne conto con riguardo ai diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario».

Non mancano, comunque, accanto ai richiami generali della Corte di Giustizia alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed alla Cedu, casi di applicazione specifica, in cui la Corte di Lussemburgo ha deciso le fattispecie ad essa sottoposte attraverso richiami puntuali alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo².

Emblematico, a tal proposito, è il caso risolto dalla sentenza 22 ottobre 2002, C-94/00, *Roquette Frères SA*, sulla tutela della sfera privata dell'individuo da ingerenze dei pubblici poteri. Relativamente alla questione se tale tutela dovesse o meno essere estesa ai locali commerciali, la Corte di Giustizia afferma, al par. 29, che: «Nel determinare la portata di tale principio, per quanto

² Il primo richiamo in tal senso risale al 1996, al caso *P. vs. S.* relativo alla discriminazione cagionata dal licenziamento di un transessuale, in cui si richiama quasi *ad abundantiam* – forse anche per compensare il parere negativo sull'adesione della Comunità europea alla Cedu – la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo *Rees. Vs. Regno unito* del 1986. Cfr. anche CGCC, sentenza 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe*, causa C-185/95 P; sentenza 18 gennaio 2007, *Ocalan*, causa C-229/05.

riguarda la tutela dei locali aziendali delle società, si deve tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo posteriore alla sentenza Hoechst/Commissione, cit., giurisprudenza da cui emerge, da un lato, che la tutela del domicilio, di cui all'art. 8 della CEDU, può essere in talune circostanze estesa ai locali citati (v., segnatamente, Corte europea D.U., sentenza Colas Est e a./Francia del 16 aprile 2002, non ancora pubblicata nel Recueil des arrêts et décisions, § 41) e, dall'altro, che il diritto d'ingerenza autorizzato dall'art. 8, n. 2, della CEDU «potrebbe più facilmente estendersi a locali o attività aziendali o commerciali piuttosto che ad altri casi» (sentenza Niemietz/Germania, cit., § 31)".

Per quanto siano citazioni *ad adiuvandum*, esse mostrano la tendenza ad allineare le tutele dei diritti fondamentali nello sforzo di una lettura parallela delle due carte.

Sull'altro versante, la giurisprudenza di Strasburgo richiama – anche se meno frequentemente – la giurisprudenza comunitaria. Casi abbastanza noti sono quelli relativi ad alcune materie di rilievo comunitario, come ad es. sulle discriminazioni per sesso in materia lavoristica e previdenziale (*Walker c. Regno unito, Barrow c. Regno unito* entrambe del 22 ottobre 2006).

Altrettanto nota è la sentenza *Kress c. Francia* del 7 giugno 2001, in cui la Corte di Strasburgo si è allineata – non senza sollevare critiche – a quella di Lussemburgo, riguardo alla negazione del diritto di replica alle conclusioni dell'avvocato generale (punto su cui c'era un contrasto di orientamenti giurisprudenziali).

Il caso più interessante è senza dubbio quello deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito* (r. n. 28957/95), in cui è stata richiamata esplicitamente la Carta di Nizza³. La questione riguardava il problema del riconoscimento del diritto dei transessuali a sposarsi. Dal punto di vista testuale, la Carta di Nizza e la Convenzione europea hanno un testo diverso sul punto, in quanto quest'ultima, all'articolo 12, riconosce tale diritto a uomini e donne, mentre la prima ha soggettivizzato il diritto a sposarsi di cui all'articolo 9 in maniera del tutto "non soggettiva", in quanto, non essendone nominato il titolare, viene riconosciuto il diritto in sé a sposarsi e a formare una famiglia. Nella decisione del 2002, la Corte di Strasburgo ha modificato la propria giurisprudenza circa la possibilità, ora ammessa, di riconoscere anche ai transessuali il diritto di sposarsi e, nel quadro di riferimento argomentativo, ha rilevato anche che "*le libellé de l'article 9 de la Charte des droits*

³ Cfr. anche, Corte dei diritti dell'uomo, 19 aprile 2007, *Vilbo Eskelinen e altri/Finlandia*. Con tale decisione, la Corte non solo ha valorizzato ancora una volta la Carta, in tema di diritto ad una tutela effettiva (art. 47), ma ha anche preso in considerazione le "spiegazioni" annesse al Trattato costituzionale ed elaborate dal Presidium della prima Convenzione, segnale evidente che per i giudici di Strasburgo il Testo ha già una chiara indiscussa portata "normativa" al punto da utilizzare le spiegazioni (che costituiscono, in buona sostanza, una sorta di lavori preparatori), quali elementi interpretativi.

fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarter – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme". In tal modo la Corte europea dei diritti dell'uomo si serve della Carta per rafforzare la propria giurisprudenza, dando una lettura evolutiva alla Cedu, e per condannare il Regno Unito per violazione dell'art. 12 Cedu, allontanandosi dal tenore testuale dello stesso per leggere il diritto a sposarsi in una chiave neutra, come diritto a formare una famiglia in conformità con l'art. 9 della Carta di Nizza. Si tratta di un richiamo a fini confemativi e ricognitivi, ma che al tempo stesso ribadisce e consolida il "valore" della Carta e l'ampiezza della platea che vi fa riferimento.

Alla luce di quanto detto, è quindi possibile constatare che tra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo esiste una tendenza ad un coordinamento spontaneo in una sorta di virtuosa circolazione delle giurisprudenze: come è stato efficacemente detto, "due Corti, uno standard".

d) Un quarto versante argomentativo è quello testuale, o meglio contenutistico. È agevole rilevare che l'elaborazione della Carta di Nizza tiene conto in maniera determinante della Convenzione europea. Lo desumiamo dalle spiegazioni relative alla Carta di Nizza, in cui ogni articolo è accompagnato dall'indicazione della fonte di ispirazione⁴: la fonte di ispirazione principale – anche numericamente – della Carta di Nizza è la Cedu, richiamata in ben 23 punti. Tale dato numerico è particolarmente significativo se si considera che il trattato della Comunità europea è richiamato soltanto in 20 punti, la giurisprudenza comunitaria in 10, le tradizioni costituzionali europee in 3, la Carta sociale europea in 12, le dichiarazioni universali dei diritti dell'uomo una sola volta e così via.

Anche testualmente, quindi, la Carta di Nizza "somiglia" molto alla Convenzione europea, dato che gran parte dei suoi articoli si riporta ad articoli della Cedu⁵.

⁴ Cfr., in particolare, la nota del Presidium, avente ad oggetto il progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con il testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta (Bruxelles, 11 ottobre 2000, doc. CHARTE 4473/00 CONVENT 49).

⁵ Si vedano, da un lato, gli articoli della Carta che hanno significato e portata identici agli articoli corrispondenti della convenzione europea dei diritti dell'uomo e, dall'altro, gli articoli della Carta che hanno significato identico agli articoli corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma la cui portata è più ampia. Nel primo senso: l'articolo 2 corrisponde all'articolo 2 della Cedu; l'articolo 4 corrisponde all'articolo 3 della Cedu; l'articolo 5, paragrafi 1 e 2, corrisponde all'articolo 4 della Cedu; l'articolo 6 corrisponde all'articolo 5 della Cedu; l'articolo 7 corrisponde all'articolo 8 della Cedu; l'articolo 10, paragrafo 1, corrisponde all'articolo 9 della Cedu; l'articolo 11 corrisponde all'articolo 10 della Cedu, fatte salve le restrizioni che il diritto comunitario può apportare alla facoltà degli Stati membri di instaurare i regimi di autorizzazione di cui all'articolo 10, paragrafo 1, terza frase della Cedu; l'articolo 17 corrisponde all'articolo 1 del protocollo addizionale alla Cedu; l'articolo 19, paragrafo 1, corrisponde all'articolo 4 del protocollo addizionale n. 4 alla Cedu; l'articolo 19, paragrafo 2, corrisponde all'articolo 3 della Cedu nell'interpretazione datagli dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; l'articolo 48 corrisponde all'articolo 6, paragrafi 2 e 3, della

Inoltre, la Carta di Nizza contiene una serie di richiami testuali alla Convenzione europea: in particolare, nel preambolo e negli articoli 52 e 53.

Da una parte, infatti, nel preambolo si afferma, che «(...) La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Dall'altra parte, gli articoli in cui viene stabilita sia la portata dei diritti garantiti (art. 52, comma 3)⁶, sia il livello di protezione (art. 53)⁷, richiamano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per specificare, da un lato, che, laddove i diritti della Carta corrispondano a quelli garantiti dalla Cedu, il loro significato e la loro portata sono identici a quelli della stessa e, dall'altro, che il livello di protezione offerto dalla Carta non potrà in nessun caso essere inferiore a quello garantito dalla Cedu.

Cedu; l'articolo 49, paragrafo 1 (eccettuata l'ultima frase) e paragrafo 2, corrisponde all'articolo 7 della Cedu. Nel secondo senso, invece: l'articolo 9 copre il campo dell'articolo 12 della Cedu, ma il suo campo d'applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale; l'articolo 12, paragrafo 1, corrisponde all'articolo 11 della Cedu, ma il suo campo d'applicazione è esteso al livello dell'Unione europea; l'articolo 14, paragrafo 1, corrisponde all'articolo 2 del protocollo addizionale alla Cedu, ma il suo campo d'applicazione è esteso all'accesso alla formazione professionale e continua; l'articolo 14, paragrafo 3, corrisponde all'articolo 2 del protocollo addizionale alla Cedu relativamente ai diritti dei genitori; l'articolo 47, paragrafi 2 e 3, corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1, della Cedu, ma la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale non si applica al diritto dell'Unione e alla sua attuazione; l'articolo 50 corrisponde all'articolo 4 del protocollo n. 7 della Cedu, ma la sua portata è estesa al livello dell'Unione europea tra le giurisdizioni degli Stati membri. Infine, nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, i cittadini dell'Unione europea non possono essere considerati stranieri in forza del divieto di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità: pertanto, le limitazioni previste dall'articolo 16 della Cedu riguardo al diritto degli stranieri non sono loro applicabili in questo contesto.

⁶ Art. 52, co. 3: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁷ Art. 53: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciute, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

Non va poi dimenticato il Trattato di Lisbona. L'articolo 6, comma 2, del Trattato dell'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, stabilisce la formale adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸, confermando in maniera assai solida la necessità di leggere in maniera congiunta e parallela le due Carte.

3. *Per una lettura disgiuntiva*

Cerchiamo ora di perorare la lettura disgiuntiva. Cercherò anche qui di spendere quattro argomenti per sostenere che le due Carte debbano essere legate dalla particella "o".

a) Il primo argomento già richiamato prima, quello del processo storico-formativo, è assolutamente capovolgibile, per cui si può facilmente argomentare che le due Carte, derivando da processi formativi distinti per contenuto e finalità, operano verso soggetti diversi e per fini diversi e quindi non possono essere unite che da una disgiunzione come la "o". *Ad adiuvandum*, possono trarsi elementi dall'argomento geografico, potendosi facilmente arroccare sul ben differente novero di Paesi che aderiscono alle due Carte.

b) C'è poi una argomentazione formalistica nel senso della divergenza. Conosciamo bene il parere della Corte di giustizia n. 2/1994 del 28 marzo 1996 sulla

⁸ Il testo dell'art. 6 TUE (come modificato dal Trattato di Lisbona) recita: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Da un lato, è probabile che il riconoscimento dell'efficacia giuridica alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea possa indurre la stessa Corte di Strasburgo ad avvalersi della stessa con maggiore frequenza. Dall'altro, ci si domanda quali effetti potrebbe comportare l'adesione dell'Unione europea alla Cedu, nei rapporti tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo, tenuto presente che essa consentirebbe di sottoporre tutto il diritto comunitario al controllo di convenzionalità. In particolare, bisognerà vedere se l'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sarà così incisiva da spingere la Corte di giustizia ad affermare quanto di recente riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana, ammettendo che «tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione» (§ 4.6 del Considerato in diritto, sentt. nn. 348 e 349 del 2007).

impossibilità per la Comunità europea di aderire alla Cedu⁹. Per quanto poco chiara in qualche passaggio e criticata per l'eccessivo formalismo delle sue argomentazioni, in quella occasione, la Corte di Giustizia, in termini chiarissimi, ha specificato che la Comunità non ha la competenza per aderire alla Convenzione.

c) A livello giurisprudenziale, poi, possiamo riscontrare significative divergenze. Non pochi sono i casi in cui le due Corti, risolvono cioè problemi analoghi in maniera differente. In particolare, in numerose fattispecie, in riferimento ad una stessa disposizione della Cedu, la Corte di Lussemburgo ha fornito una lettura ben diversa rispetto a quella data dalla Corte di Strasburgo.

A tal proposito, si possono ricordare, fra i tanti: il caso *Dorca Marina*, in cui è stata esclusa dalla Corte di Giustizia europea una lesione dell'art. 6 Cedu circa l'obbligo di contraddittorio, in quanto non applicabile a organi non giurisdizionali (quale la Commissione), a differenza della lettura ampia della Corte di Strasburgo; il caso *Orkem*, nel quale la Corte di Lussemburgo ha escluso che l'art. 6 Cedu possa ricomprendere il diritto a non autoincriminarsi, affermato invece dalla Corte dei diritti dell'uomo; il caso *Hoechst*, in cui la Corte comunitaria ha negato l'estensione delle garanzie dell'art. 8 Cedu alle perquisizioni nelle sedi delle imprese, affermando che tale norma mira a tutelare la libertà personale e non può essere esteso ai locali commerciali, affermazione smentita dalla giurisprudenza di Strasburgo¹⁰. Da ultimo, possono essere richiamati i diversi casi sul diritto di sciopero che la Corte di Strasburgo interpreta come diritto fondamentale dell'uomo limitabile in circostanze strettamente definite, a differenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, la quale intende tale diritto in maniera più tenue, in quanto bilanciabile con la libertà di impresa¹¹.

⁹ CGCE parere n. 2/1994 del 28 marzo 1996, par. 6: «*En l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, car, d'une part, aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine et, d'autre part, une telle adhésion ne saurait s'opérer par le recours à l'article 235 du traité. En effet, si le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires, l'adhésion de la Communauté à la convention européenne des droits de l'homme entraînerait un changement substantiel du régime actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la convention dans l'ordre juridique communautaire. Une telle modification du régime de la protection des droits de l'homme dans la Communauté, dont les implications institutionnelles seraient également fondamentales tant pour la Communauté que pour les États membres, revêtirait une envergure constitutionnelle et dépasserait donc par sa nature les limites de l'article 235. Elle ne saurait être réalisée que par la voie d'une modification du traité.*

¹⁰ Rispettivamente, CGCE sentenza 28 ottobre 1982, cause riunite da 50/82 a 58/02; sentenza 18 ottobre 1989, causa C-374/87; sentenza 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e 227/88.

¹¹ Cfr. sentenza della Corte dei diritti dell'uomo del 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia* (caso n. 34503/97).

Tuttavia, il caso forse più noto di interpretazione difforme tra le due Corti è quello *Grogan*, sul divieto irlandese di diffondere informazioni sulle pratiche abortive. Come noto, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Irlanda, ritenendo la proibizione «non necessaria in una società democratica». Per contro la Corte di Lussemburgo è riuscita ad eludere il caso, ritenendolo estraneo al diritto comunitario¹².

d) Ultimo – e più solido – argomento per la lettura disgiuntiva delle due Carte è relativo al controllo di convenzionalità. La Corte di Strasburgo ha iniziato cioè a verificare la conformità alla Cedu degli atti adottati dagli Stati membri in applicazione del diritto comunitario, originario e derivato.

In tal senso, nota è la decisione *Matthews c. Regno Unito* del 18 febbraio 1999, relativa ad una cittadina britannica residente a Gibilterra che aveva impugnato l'atto sulle elezioni del Parlamento europeo nella parte in cui escludeva dal suffragio Gibilterra, per violazione dell'art. 3 del protocollo n. 1 Cedu. La Corte di Strasburgo ha ammesso la propria giurisdizione e, pur non ritenendo direttamente impugnabili gli atti comunitari, ritiene responsabili gli Stati per la loro attuazione e applicazione¹³. Non solo ha affermato la propria competenza a giudicare, ma ha anche accolto il ricorso. Quando il Regno Unito ha dato attuazione a tale decisione, creando una circoscrizione elettorale a Gibilterra, la Spagna ha impugnato dinanzi alla Corte di Lussemburgo l'attuazione del diritto comunitario. Nella sentenza *Spagna c. Regno Unito* del 12 settembre 2006 causa C-145/04, la Corte di Giustizia ha rigettato il ricorso, sulla base di un giudizio fondato sulla conformità dell'atto nazionale, non tanto al diritto comunitario, ma alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti¹⁴.

¹² Cfr. CGCE sentenza 4 ottobre 1991, causa C-159/90; Corte europea dei diritti umani *Open Door c. Irlanda* del 29 ottobre 1992.

¹³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*: «La Cour recherche ensuite si l'article 3 du Protocole n° 1 est applicable à un organe tel que le Parlement européen et si ce dernier présentait, à l'époque pertinente, les caractéristiques d'un "corps législatif" à Gibraltar. Elle observe que les mots "corps législatif" de l'article 3 ne s'entendent pas nécessairement du seul parlement national et que les élections au Parlement européen ne sauraient être exclues du champ d'application de cette clause au seul motif que le Parlement européen serait un organe représentatif supranational et non purement interne. Se penchant ensuite sur les pouvoirs du Parlement européen dans le contexte de la Communauté européenne, la Cour conclut que le Parlement européen se trouve suffisamment associé au processus législatif spécifique conduisant à l'adoption de certains types d'actes communautaires, ainsi qu'au contrôle démocratique général des activités de la Communauté, pour que l'on puisse considérer qu'il constitue une partie du "corps législatif" de Gibraltar aux fins de l'article 3 du Protocole n° 1».

¹⁴ In particolare, cfr. CGCE sentenza *Spagna c. Regno Unito* del 12 settembre 2006 causa C-145/04, punti 90-96.

⁹⁰ Come è stato ricordato al punto 60 della presente sentenza, il Regno Unito ha adottato la normativa contestata dal Regno di Spagna per conformarsi alla citata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Matthews c. Regno Unito*. Il Regno di Spagna non contesta, in proposito, che il Regno Unito fosse tenuto a rispettare tale obbligo, nonostante la vigenza dell'allegato I all'atto del

Un secondo caso di controllo di convenzionalità è *Bosphorus Airways c. Irlanda*, relativo al sequestro di un aeromobile jugoslavo in territorio irlandese nel 1993 in seguito all'applicazione comunitaria delle sanzioni ONU, malgrado l'aeromobile fosse gestito in leasing da una società turca. La Corte di Giustizia,

1976. Inoltre, come è stato osservato al punto 62 della presente sentenza, il Regno di Spagna non nega che la dichiarazione del Regno Unito del 18 febbraio 2002 riflette un accordo concluso fra tali due Stati membri relativamente alle condizioni alle quali il Regno Unito doveva conformarsi a tale sentenza. In aggiunta, come risulta dal punto 13 della presente sentenza, il Consiglio e la Commissione hanno preso atto di tale dichiarazione.

91 In tale dichiarazione, il Regno Unito si è impegnato «affinché siano apportate le modifiche necessarie per consentire agli elettori di Gibilterra di partecipare alle elezioni del Parlamento europeo nel quadro di una circoscrizione esistente del Regno Unito e alle stesse condizioni degli altri elettori di tale circoscrizione».

92 Come giustamente osservano il Regno Unito e la Commissione, l'espressione «alle stesse condizioni» non può essere intesa nel senso che la normativa del Regno Unito si sarebbe dovuta applicare, senza adeguamenti, agli elettori di Gibilterra, assimilando questi ultimi agli elettori della circoscrizione elettorale del Regno Unito nella quale essi sarebbero stati inquadrati. Una simile ipotesi comporterebbe infatti che il diritto di voto attivo e passivo sia definito con riferimento al territorio del Regno Unito, che gli elettori si rechino nel Regno Unito per consultare il registro elettorale, che votino nel Regno Unito o per corrispondenza e sottopongano le controversie in materia elettorale ai giudici del Regno Unito.

93 Al contrario, è per rispettare l'esigenza delle «stesse condizioni» che il Regno Unito ha trasposto la propria legislazione a Gibilterra e l'ha adattata, *mutatis mutandis*, a tale territorio. In tal modo, un elettore di Gibilterra si trova in una situazione analoga a quella di un elettore del Regno Unito, e non deve affrontare difficoltà a causa dello status di Gibilterra, difficoltà tali da impedire o scoraggiare l'esercizio di tale diritto di voto.

94 In questo contesto, si deve ricordare che, come risulta dal punto 63 della citata sentenza *Matthews c. Regno Unito*, gli Stati contraenti godono di un ampio margine di discrezionalità per sottoporre a condizioni il diritto di voto. Tali condizioni non possono tuttavia ridurre i diritti in questione al punto da intaccarli nella loro sostanza e privarli di effettività. Esse devono perseguire uno scopo legittimo, e i mezzi adoperati non possono risultare sproporzionati (v. anche sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 2 marzo 1987, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*, serie A, n. 113, punto 52, e 19 ottobre 2004, *Melnitchenko c. Ucraina*, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-X, punto 54).

95 Per quanto riguarda questa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e il fatto che tale giudice ha dichiarato contraria all'art. 3 del protocollo n. 1 della CEDU la mancata organizzazione di elezioni per il Parlamento europeo a Gibilterra, in quanto essa ha privato «la ricorrente in quanto residente a Gibilterra» della possibilità di esprimere la propria opinione circa la scelta dei membri del Parlamento europeo, non può essere rimproverato al Regno Unito di avere adottato la normativa necessaria per l'organizzazione di tali elezioni in condizioni equivalenti, *mutatis mutandis*, a quelle previste dalla normativa applicabile al Regno Unito.

96 La trasposizione al territorio di Gibilterra, *mutatis mutandis*, della normativa del Regno Unito può essere tanto meno contestata in quanto, come risulta dal punto 59 della citata sentenza *Matthews c. Regno Unito*, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha rilevato, nello status di Gibilterra, alcun elemento che indichi l'esistenza di esigenze locali di cui sarebbe necessario tener conto, ai sensi dell'art. 56, n. 3, della CEDU, per l'applicazione di tale Convenzione ad un territorio del quale uno Stato contraente gestisce le relazioni internazionali».

nella sentenza del 30 luglio 1996, C-84/95, aveva confermato la legittimità del sequestro. La Bosforus Airways, che aveva ormai perso gran parte del suo contratto di leasing e gestione, ha presentato ricorso nel 1997 anche alla Corte di Strasburgo, la quale ha deciso la questione solo nel 2005.

Sembrirebbe, a prima vista, la riedizione del caso *Matthews* "al contrario", in quanto si tratterebbe di un atto di esecuzione del diritto comunitario impugnato davanti alla Corte di Strasburgo. Così come nel caso precedente la Corte di Giustizia aveva stemperato il conflitto, nell'ultima fattispecie, è stata la Corte di Strasburgo che ha dato una lettura conciliativa del possibile conflitto giurisprudenziale, risolvendo la questione secondo il principio della partizione equivalente. Mostra i muscoli, ma nei fatti ritiene – contraddittoriamente – adeguata la misura: si precisa, infatti, come il diritto nazionale applicativo del diritto comunitario (così come, del resto, di qualsiasi altro obbligo internazionale) non beneficia di alcuno statuto particolare, restando, dunque, lo Stato aderente alla Convenzione responsabile delle scelte effettuate in sede applicativa. Tuttavia, nel caso in cui lo Stato risulti privo di discrezionalità e quindi obbligato a dare attuazione al precetto comunitario, la Corte di Strasburgo ha mostrato un certo *self-restraint*, sulla base di una sorta di affidabilità dell'ordinamento comunitario nella tutela dei diritti¹⁵.

La sentenza è stata, da alcuni, ritenuta come una occasione mancata, un compromesso transitorio di non belligeranza. Tuttavia, fornisce un valido argomento per avviarci alla conclusione della nostra analisi.

4. Tentativo di conclusione

Ho cercato di sostenere l'applicazione della congiunzione "e" o, piuttosto,

¹⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Airways c. Irlanda*: «156. Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation. Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale (Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A no 310, pp. 27-28, § 75). [...] 165. Dans ces conditions, la Cour estime pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, «équivalente» (au sens du paragraphe 155 ci-dessus) à celle assurée par le mécanisme de la Convention. Par conséquent, on peut présumer que l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'elle a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne (paragraphe 156 ci-dessus)».

della disgiunzione “o” nei rapporti tra le due Carte. Alla luce di quanto emerso, appare evidente che la lettura disgiuntiva è, oggi, la più difficoltosa. È pur vero che esiste il rischio di conflitto serio, soprattutto nei controlli di convenzionalità; in casi del genere, anzi, si potrebbe sostenere che Convenzione europea e Carta di Nizza non vadano avvicinate da una “o”, ma addirittura da una particella avversativa: Convenzione europea dei diritti dell’uomo *vs.* Carta di Nizza.

Tuttavia, a ben vedere, il rischio è più teorico che pratico perché nei casi in cui si sono verificati conflitti, le stesse Corti hanno avuto il saggio buon senso di comporli in sede applicativa. La tendenza attuale è, quindi, nel senso del dialogo tra le due Corti, le quali seguono percorsi che sono arrivati ad avvicinarsi, integrarsi, addirittura a sovrapporsi. A tal punto, che è legittimo chiedersi se i due ambiti distinti potranno in futuro coesistere o se, paradossalmente, alla fine si giungerà addirittura alla loro completa fusione per sovrapposizione. Attualmente, insistere sulla “o” piuttosto che sulla “e” si riduce soltanto ad un gran rimestare di polvere, senza tener conto che la tendenza non può che essere conciliativa, pur con tutte le difficoltà di un percorso ancora da individuare nei suoi passaggi.

Per il momento, quindi, la Convenzione europea e la Carta di Nizza vanno – ad oggi – sicuramente unite dalla congiunzione “e”. Ma non può che trattarsi di una conclusione provvisoria, *rebus sic stantibus*, essendo i processi comunitari e convenzionali in continua e progressiva evoluzione.

EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS “AND”/“OR” THE CHARTER OF NICE

by Alfonso Celotto

Abstract

The relationship between the Charter of Nice and the European Convention of Human Rights may be approached either from a national or an international perspective. The present paper will approach this matter from an international perspective, examining the relationship between and contrasts within the two Conventions, without analyzing their impacts on the national law.

The choice of the conjunction – ‘and’ or ‘or’ – is an important issue, since it has implications for how one reads the interrelationship between the two Conventions. In the former case, we can consider the Conventions having a parallel course, while in the latter it would be divergent. Although there are several arguments on behalf of both interpretations, parallel or divergent, if we look at the issue more deeply it has to be concluded that at the present stage the two Conventions have taken a parallel path.

Nevertheless, this is a provisional conclusion, *rebus sic stantibus*, being the community and the conventional process continuously in evolution.

Riorganizzazione del Sistema di Giustizia Sportiva e funzione nomofilattica delle Corti Federali di ultima istanza

di Mario Serio

SOMMARIO: 1. Le articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale - 2. Profili dei rapporti tra ordinamento sportivo nazionale e sue articolazioni: il quadro normativo e la relativa attuazione da parte del Comitato Olimpico Nazionale Italiano - 3. Il sistema di giustizia delle articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale - 4. Profili conclusivi e riflessi sulle giurisdizioni superiori degli organi di giustizia sportiva federale del nuovo sistema di giustizia sportiva descritto dallo statuto CONI.

1. *Le articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale*

Interventi legislativi e prassi giurisprudenziali sollecitano oggi una domanda che solo in forma più sfumata avrebbe avuto ragione di porsi in un passato anche recente, quella sulla unità della giustizia sportiva o sull'esistenza di una pluralità delle sue forme. In altri termini, può ricavarsi l'impressione non confortante che si vada procedendo, per via normativa o giurisprudenziale, verso una nozione di articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale che rischia di metterne in crisi l'impianto a causa della frantumazione dei centri decisori e del loro allontanamento dalla sfera ordinamentale nella quale le loro pronunce dovrebbero naturalmente ricadere.

Può sorgere anche il dubbio che questa temuta proliferazione di indirizzi sia il frutto della lettura di norme statali in modi che ne esorbitano la lettera e dell'attribuzione ad esse di una portata eccedente quella che anche sul piano logico dovrebbe farsene derivare.

Le osservazioni che seguono si propongono di descrivere il quadro delle interazioni funzionali ed effettuali tra le attività delle varie articolazioni della giustizia sportiva e di porre in rilievo la permanente essenzialità degli organi delle singole federazioni nella prospettiva della creazione e del successivo mantenimento di regola applicative ed interpretative uniformi nel medesimo ambito federale.

Nella sede legislativa che vide la luce per metter fine ad una tormentata stagione di tensioni tra ordinamento sportivo ed ordinamento generale venne espressa, con la forza simbolica che è propria della rubrica di un articolo, l'autonomia dell'ordinamento sportivo, predicandosene la doppia vocazione, internazionale ed interna.

Dal primo punto di vista, l'articolo 1 della legge 17 ottobre 2003 n. 280 (di conversione con modificazioni del decreto legge 19 agosto 2003 n. 220, recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva) proclama il principio generale che la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale.

L'idea dell'articolabilità dell'ordinamento sportivo nazionale in plurime strutture, operanti nel diritto interno, è, invece ripresa dal successivo art. 2 lett. a) che, intitolato all'autonomia dell'ordinamento sportivo, riserva ad esso, tra le altre, le questioni aventi ad oggetto l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni: il fine perseguito dal legislatore per la via del riconoscimento di autonomia è quello di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive.

Ai fini della presente ricerca si rivela di notevole interesse la locuzione "articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale": è, infatti, da intendere il senso della constatazione di questa realtà, e del suo elevamento ad oggetto di riconoscimento normativo, all'interno di una norma che è, appunto, dedicata alla netta affermazione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo.

Appare, in particolare, di specifica utilità chiedersi se il riconoscimento (della sussistenza) delle articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale, quali espresse dalle sue norme regolamentari, organizzative e statutarie, valga a creare più sistemi normativi concorrenti (ordinamento sportivo generale e sue articolazioni) o si limiti ad enunciare la ricorrenza di un unico ordinamento sportivo di natura complessa, risultante, cioè, dal coordinamento ad unità delle funzioni esercitate dalle articolazioni in parola.

La questione è suggestiva ma va sicuramente governata in armonia con la postulata autonomia dell'ordinamento sportivo generale che non potrebbe tollerare, se non a costo di mettere a repentaglio la propria immagine unitaria ed aggregante di tutte le esperienze organizzative circolanti nel mondo sportivo, proliferazioni o crescite incontrollate.

Risolta alla stregua della presentazione all'esterno di un unico e coeso corpo normativo operante nella sfera sportiva, generato dal riconoscimento statale della libertà di creazione di ordinamenti collaterali in quanto prodotto dell'esercizio del potere negoziale di regolamento in forma autonoma degli interessi meritevoli di tutela, la questione della compresenza di più ordinamenti sportivi, non perde, tuttavia, né di peso né di interesse il tema della convivenza delle varie articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale e dei margini dell'efficacia delle loro azioni nell'ambito generale.

Non sembra irragionevole esprimere l'opinione che il riconoscimento normativo dell'autonomia dell'ordinamento sportivo implichi come corollario necessitato anche quello dell'autonomia delle sue singole articolazioni. Ora, si tratta di vedere se ed a quali limiti, posti dallo stesso ordinamento sportivo

generale, possa soggiacere l'autonomia delle singole articolazioni e, soprattutto, di verificare se esistano confini invalicabili.

La premessa che non può che guidare l'indagine è costituita dall'esistenza di un ente centrale con compiti di regolazione, uniformazione, vigilanza e razionalizzazione delle attività e delle funzioni riservate alle singole articolazioni, il Comitato Olimpico Nazionale Italiano.

La essenzialità del Coni, desumibile dalla sua natura pubblicistica, ha costantemente nel tempo trovato avalli e chiarimenti in sede legislativa nonché nella prassi giurisprudenziale.

Nell'economia di queste riflessioni assume interesse basilare il riordinamento dei compiti del Comitato Olimpico Nazionale Italiano attuato con il decreto legislativo 8 gennaio 2004 n. 15 che ha apportato modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242 che aveva disciplinato la medesima materia.

Di particolare rilievo è la previsione che il momento rielaborativo delle attribuzioni del Coni debba spingere lo stesso ad assicurare l'affezione (in effetti l'obbligo giuridico) degli affiliati e tesserati verso gli Organi di giustizia sportiva al fine della risoluzione delle controversie attinenti allo svolgimento dell'attività sportiva (art. 1, n. 1). Ma ancora più significative sono le disposizioni successive che mirano ad evitare scarti ingiustificati tra la struttura ed il sistema della giustizia sportiva e quelli corrispondenti della giustizia statale che, altrimenti, sarebbe legittimata a riorientare in forma rescindente e rescissoria l'operato della prima verso l'osservanza di principi di rilevanza costituzionale alla luce dell'art. 111 Cost. (contraddittorio, diritto di difesa, terzietà ed imparzialità degli organi giudicanti, ragionevole durata del processo, obbligo della motivazione dei provvedimenti decisorii e previsione di un regime di impugnazione). Quel che, infine, connota in un senso di speciale originalità il ridisegno del ruolo del Coni è l'imputazione ad esso del compito di "razionalizzazione dei rapporti tra procedimenti di giustizia sportiva di competenza del Coni con quelli delle singole federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate" (art. 1 cit. n. 3).

Su quest'ultima disposizione e sui relativi sviluppi applicativi, è utile concentrare lo studio. In essa, infatti, sembrano annidarsi gli elementi di risposta all'indagine prima enunciata in materia dei profili di effettiva autonomia delle singole articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale: dalla portata attribuita alla disposizione dovrebbe guadagnare in chiarezza un dibattito molto spesso acceso.

2. *Profili dei rapporti tra ordinamento sportivo nazionale e sue articolazioni: il quadro normativo e la relativa attuazione da parte del Comitato Olimpico Nazionale Italiano*

La delicata svolta impressa dal legislatore delegato del 2004, che agiva sull'impulso delle indicazioni che a loro volta si irradiavano dall'intervento di ur-

genza (legge 17 ottobre 2003, n. 280, di conversione con modificazioni del decreto legge 19 agosto 2003 n. 220 citato) dell'anno precedente, si è riflessa in una rimeditazione di passaggi fondamentali dello statuto del Coni ai quali – come si vedrà in un successivo punto della trattazione – non possono e non devono restare insensibili gli statuti delle singole articolazioni (in primo luogo le federazioni).

Le linee di intervento del Coni appaiono ispirate al criterio della ricerca del massimo grado possibile di compatibilità sia con il mandato legislativamente ricevuto, sia, con non minor rilievo, con la salvaguardia del grado di autonomia delle singole articolazioni (ancora una volta è alle federazioni che si è guardato con assoluta preminenza) che si manifesta nelle relative norme regolamentari, organizzative e statutarie, sia, infine, con gli indirizzi giurisprudenziali maturati nelle fitte occasioni di abbandono della strada della giurisdizione domestica, da parte di tesserati ed affiliati, o di successivo ricorso ad essa dopo l'esaurimento dei gradi della giustizia sportiva.

Il risultato complessivamente conseguito mediante la riscrittura o l'aggiunta di disposizioni dello Statuto del Coni che si presenta ai nostri occhi con tonalità chiare e scure, si presta alle osservazioni che seguono anche in punto di individuazione degli spazi di indipendente esercizio delle proprie variegate prerogative da parte delle più volte menzionate articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale.

Riassuntivamente si può considerare che l'ente centrale ha perseguito un duplice obiettivo e, nel contempo, inviato un messaggio di tutela delle scelte delle federazioni.

Da un primo punto di vista lo Statuto Coni ha aperto al proprio interno quella finestra di piena autonomia ed indipendenza degli organi di giustizia che agiscono nell'ordinamento sportivo nazionale energicamente preteso – quale corrispettivo della autonomia di esso – dall'ordinamento generale (si vedano, in particolare, le previsioni, già citate, sul necessario rispetto in ambito sportivo dei principi del giusto processo nelle sue molteplici declinazioni e le altre che fanno salve alcune isole della giurisdizione ordinaria a proposito dei rapporti patrimoniali tra i soggetti dell'ordinamento sportivo e riconoscono i possibili casi di rilevanza per l'ordinamento della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo).

A questo scopo l'art. 12 dello Statuto del Coni descrive la struttura del sistema di giustizia e di arbitrato per lo sport istituendo presso lo stesso comitato due organi dotati di piena autonomia ed indipendenza, l'Alta Corte di giustizia Sportiva ed il Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport.

A propria volta, il primo di essi viene definito dal successivo art. 12 bis come "l'ultimo grado della giustizia sportiva per le controversie sportive di cui al presente articolo, aventi ad oggetto diritti indisponibili o per le quali le parti non abbiano pattuito la competenza arbitrale".

Attraverso la disposizione in parola sembra che il potere statutario del Coni si sia apprestato al raggiungimento di un secondo obiettivo, consistente nella predeterminazione di un centro decisorio collocato all'apice della giustizia sportiva che, da un lato, giudica sulle più elevate delle questioni sollevabili nel corso di controversi sportive, quelle aventi ad oggetto diritti indisponibili e, d'altro lato, rende necessaria ed indipendente dall'adesione dei soggetti dell'ordinamento sportivo (federazioni, affiliati, tesserati, iscritti, discipline sportive associate, enti di promozione sportiva, etc.) la sua alta giurisdizione. Si corona in questo modo il disegno volto ad identificare un punto finale di confluenza di tutte le questioni di rilievo essenziale in materia sportiva, quale che sia la loro fonte o la loro origine, cui devolvere la parola definitiva dello stesso ordinamento sportivo. L'architettura statutaria è schietta e nitida: solo attraverso un organo unico, centrale, comune a tutti i soggetti e rami dell'ordinamento può essere assicurata nelle materie espressamente attribuite alla sua cognizione, l'uniforme osservanza delle norme dell'ordinamento sportivo nazionale, garantendone e giustificandone al tempo stesso l'autonomia e la non contraddittoria coesistenza con quello comune. Perfettamente spiegabile con questa esigenza si rivela, pertanto, l'affermazione, racchiusa nel comma 2, seconda parte del citato art. 12 bis dello Statuto del Coni, secondo cui "Il principio di diritto posto a base della decisione dell'Alta Corte che definisce la controversia deve essere tenuto in massimo conto da tutti gli organi di giustizia sportiva". A questo ruolo nomofilattico esplicito dall'Alta Corte in ogni interstizio dell'ordinamento sportivo nazionale corrisponde logicamente la proclamazione, opportunamente ospitata dall'art. 1 del codice della medesima Alta Corte di Giustizia Sportiva, che essa "è espressione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo riconosciuta e favorita dal decreto legge 19 agosto 2003 n. 220, convertito in legge 17 ottobre 2003 n. 280 e dall'art. 1 comma 14 del decreto legislativo 8 gennaio 2004 n. 15, ed esercita le sue funzioni in piena autonomia ed indipendenza.

È immediata la percezione che il nuovo sistema di giustizia sportiva elaborato grazie alla nuova edizione dello Statuto del Coni ha mostrato di essere giustamente preoccupato di tendere l'orecchio alle condizioni poste dal legislatore statale per il perdurante riconoscimento dell'autonomia di quell'ordinamento particolare che è lo sportivo. In special modo, l'attenzione si è fermata sulle garanzie di autonomia e di indipendenza di cui si è scelto di cingere lo stesso sistema di giustizia sportiva. E la collocazione in posizione preminente e di generale orientamento dell'organo di vertice del sistema dell'Alta Corte di Giustizia Sportiva, conferma la natura politica della risoluzione che sta al fondo delle previsioni statutarie.

Per di più, la funzione di assicurare uniformità al funzionamento del sistema complessivo (comprensivo delle esperienze delle singole articolazioni) di giustizia sportiva che viene individuata con riguardo all'Alta Corte giova indiscutibilmente alla realizzazione della più volte evocata necessità di un rapporto

razionale tra i procedimenti di giustizia sportiva di competenza del Coni e quelli delle singole federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate (art. 1, comma 14 citato d.l.g.s. 8 gennaio 2004 n. 15).

Diverso registro è stato, di contro, adottato dallo Statuto del Coni in relazione all'altro parallelo canale della giustizia sportiva, quello arbitrale. Rispetto ad esso non si è, fondatamente, ritenuto imperativo eleggere una figura di potere centrale e sovraordinata rispetto alle articolazioni della giustizia sportiva, dotata di compiti nomofilattici nel senso prima ricordato, modellata sull'Alta Corte di giustizia e sul connesso, strumentale apparato di inderogabilità e vincolatività della giurisdizione.

Si è, al contrario, optato per la soluzione consistente nella semplice previsione di un metodo di risoluzione anche in via arbitrale delle controversie sorte nell'ambito dell'ordinamento sportivo e nella contestuale individuazione dell'organo, operante in piena autonomia ed indipendenza, deputato a tale ufficio, il Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport (art. 12 Statuto CONI).

Ma l'attecchimento statutario mantenuto nei confronti (non dell'organo ma) del sistema di giustizia arbitrale ha assecondato la propensione a premiare il modello negoziale di adesione ad esso e a rimettere alla competenza in senso ampio normativa delle singole articolazioni dell'ordinamento sportivo (anche in questo caso, essenzialmente le federazioni) le determinazioni sul se e sul come adattarvi: vedremo nella parte seguente di questa ricerca quali livelli di conseguenze sulla vita e sul funzionamento delle singole articolazioni risultano generati da questa scelta compiuta in sede di riedizione dello Statuto del Coni.

Ed infatti, l'art. 12 ter. comma 1 dello Statuto, nel disciplinare la competenza e nel descrivere le condizioni alla cui ricorrenza è subordinata l'attività del Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport, introduce la fondamentale condizione sospensiva della sua efficacia, condensata nella formula complessa "ove previsto dagli Statuti o dai Regolamenti delle Federazioni sportive nazionali, in conformità agli accordi degli associati": ulteriori condizioni delimitative sono costituite dal previo esperimento dei ricorsi interni alla federazione e dalla circostanza che oggetto della cognizione dell'organo siano "decisioni non soggette a impugnazione nell'ambito della giustizia federale, con esclusione delle controversie che hanno comportato l'irrogazione di sanzioni inferiori a 120 giorni, a 10.000,00 Euro di multa o ammenda, e delle controversie in materia di doping" escluse, comunque, rimanendo le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili (riservate statutariamente, come già detto, alla cognizione dell'Alta Corte di Giustizia Sportiva).

Che la linea battuta in breccia dallo Statuto Coni fosse, con riferimento alle attribuzioni ed al funzionamento del Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport, quella speculare alla via prescelta nei riguardi dell'Alta Corte di Giustizia Sportiva la cui giurisdizione ha, giova ripetere, carattere inderogabile, necessario e vincolante, è eloquentemente ribadito dalla coerente disposizione dell'art.

22 comma 3 del medesimo Statuto Coni, che munisce le federazioni sportive nazionali della facoltà di prevedere nei loro statuti in riferimento alla controversie per le quali si siano esauriti i gradi interni di giustizia sportiva, il procedimento arbitrale di cui al precedente art. 12 (intitolato “sistema di giustizia e di arbitrato per lo sport”, che, secondo quanto già segnalato, istituisce, tra l’altro, lo stesso Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport) comprensivo del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Alla luce della ricognizione dei dati di diritto positivo (sia statale che sportivo) identificativi del tessuto organizzativo del sistema di giustizia sportiva, è fin da adesso possibile intravedere, in primo luogo, la configurazione dei rapporti tra i procedimenti di giustizia sportiva di competenza del CONI e quelli delle singole federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate e ricostruire, in secondo luogo, e tenendo fede all’oggetto principale cui deve il titolo il presente studio, il perimetro (che si preannuncia tutt’altro che angusto o modesto) di rilevanza dei sistemi di giustizia circolanti nelle singole articolazioni dell’ordinamento sportivo nazionale, anche per accertare che permane inalterato nei rispettivi ambiti di efficacia il ruolo della propria giurisprudenza.

3. *Il sistema di giustizia delle articolazioni dell’ordinamento sportivo nazionale*

La strada che può condurre alla riaffermazione dell’insensibilità degli Organi di giustizia delle Federazioni alle riforme statutarie del Coni diverse da quella, di immediata ed intuitiva efficacia, concernente la collocazione di vertice ed i compiti nomofilattici dell’Alta Corte di Giustizia all’interno dell’ordinamento sportivo, deve fare preliminarmente i conti con il problema del loro recepimento negli Statuti delle singole articolazioni, della facoltà di queste di porre in essere un’attività di adattamento libera nelle forme, nell’oggetto e nei tempi: è, infatti, evidente che tale libertà dà luogo alla precondizione logica di validità della tesi della non minacciata rilevanza dei sistemi di giustizia inerenti a ciascuna federazione.

La prima considerazione sul tema è già stata fatta, allorché, nella parte precedente, si è distinto nella previsione statutaria del CONI (artt. 12 e 12 ter) un contenuto precettivo ed uno definibile come programmatico. È senza dubbio alcuno fornita di un insuperabile grado di obbligatorietà ogni disposizione statutaria del CONI volta a stabilire l’assetto generale della giustizia nell’ordinamento sportivo, individuando nell’Alta Corte il suo organo più elevato e decisivo; altrettanto è da dire in punto di effetti delle pronunce della stessa Alta Corte, sia con riguardo alla singola fattispecie sottoposta alla sua decisione sia in termini di espressione di principi di diritto da tenere in massimo conto in ogni settore dell’ordinamento sportivo. Si tratta di norme fondamentali e di principio che non abbisognano di alcun recepimento nè trasposizione negli ordinamenti delle singole federazioni e che esplicano la propria efficacia per la provenienza dalla

massima fonte di produzione del diritto sportivo, riferibile all'ente centrale di vigilanza. Corollario della posizione dell'Alta Corte è il potere di autodichia che costituisce l'ineliminabile complemento della sua fisionomia e lo strumento per il suo agire efficiente e proficuo. Ulteriore corollario è quello della potestà di apprezzamento della rilevanza delle questioni decidibili dall'Alta Corte anche al di fuori dell'ordinario circuito delle materie di propria competenza. La disposizione facilmente si comprende in ragione della necessità che sia l'Alta Corte, per la propria autorevolezza e per il suo ruolo di garante dell'uniforme osservanza delle norme dell'ordinamento sportivo nazionale, ad individuare i nuclei problematici in ordine ai quali è necessario spendere la propria parola chiarificatrice, alla stregua delle Corti di ultima istanza o di quelle di legittimità, anche delle leggi. Quando pronuncia su questioni di fatto e di diritto di notevole rilevanza per l'ordinamento sportivo nazionale ai sensi dell'art. 12 ter comma 2 dello statuto CONI, l'Alta Corte rappresenta ed inverte il diritto esistente in tale plesso ordinamentale; parimenti avviene quando essa, in virtù del comma precedente della stessa norma, giudica in materia di diritti indisponibili, di cui assicura la tutela e dimostra l'inviolabilità anche nell'ambito dell'ordinamento particolare, così prevenendo l'altrimenti immancabile ricorso del titolare del diritto di cui si tratta alla giurisdizione statale.

La soluzione congegnata dallo statuto CONI, che rende cogente ed autoapplicativa la normativa che regola l'Alta Corte di Giustizia Sportiva, poggia anche su una solida piattaforma razionale e dogmatica, che, a propria volta, costituisce il presupposto per distinguere tale gruppo di disposizioni da quelle che esibiscono una semplice natura programmatica e di adeguamento alle generali, ed altrettanto programmatiche, disposizioni del diritto comune.

Ed invero, all'Alta Corte, ed alla normativa che ne detta la disciplina, è riservata la prerogativa dell'incontrovertibile e diretta applicazione in tutti i rami nei quali si irradia l'ordinamento sportivo nazionale, in ragione della dichiarata carenza di carattere arbitrale della sua giurisdizione, la quale non ha, pertanto, alcuna necessità del concorso dell'elemento integrativo dell'efficacia data dall'adesione per via negoziale delle parti interessate al suo esercizio.

Lo stesso art. 12 bis comma 1 dello statuto CONI espressamente condiziona la competenza dell'Alta Corte alla circostanza che relativamente alle controversie ad essa devolute le parti non abbiano pattuito la competenza arbitrale: se fosse, invece, ricorsa l'opposta ipotesi di cognizione dell'Alta Corte anche in materia arbitrale non solo la relativa funzione avrebbe subito un impoverimento a misura del circoscritto raggio del suo intervento (non più qualificato dalla rilevanza della questione o dalla natura indisponibile dei diritti oggetto di contesa) ma, soprattutto, avrebbe perduto come fonte di derivazione del proprio potere il testo fondamentale dell'ente sovraordinato (il Comitato Olimpico Nazionale Italiano), dovendosi accontentare di quello di rango minore identificantesi nella volontà delle parti espressa attraverso una generale clausola compromissoria

o un compromesso ad hoc. Si noti incidentalmente che il codice dei giudizi innanzi al Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport e disciplina degli arbitri ribadisce la disposizione statutaria del CONI (art. 12 ter) stabilendo, com'è ovvio, all'art. 3 comma 3 che la competenza arbitrale è alternativa a quella dell'Alta Corte, implicitamente, ma inequivocamente, muovendo dal diniego del carattere arbitrale della giurisdizione del massimo organo di giustizia sportiva.

Per concludere sul punto dell'efficacia diretta, *omisso medio*, delle disposizioni statutarie disciplinanti l'Alta Corte di giustizia sportiva in tutti i rami in cui si spiega l'ordinamento sportivo nazionale è utile trarre dal ragionamento che qui si conduce l'ulteriore conseguenza che l'ultrattività della competenza arbitrale rispetto alla generale giurisdizione dell'Alta Corte non può in alcun modo comportare sovrapposizione o fungibilità tra i due organi, con partecipazione di entrambi alla medesima, unica natura di ultimi gradi della giustizia sportiva, titolari di una funzione nomofilattica e di orientamento in quell'ambito. E ciò non solo perché nessuna delle norme statutarie sovraordinate riconosce al Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport alcuna delle prerogative fondanti la giurisdizione dell'Alta Corte, e prima tra esse, quelle di selezione delle materie da trattare e di massima considerazione delle proprie pronunce nell'orbita della giustizia sportiva. È, infatti, cruciale il concorso della volontà dei soggetti dell'ordinamento al fine di imprimere concreta efficacia all'attività del Tribunale e di conferirvi il crisma della definitività peraltro *inter partes*. Appare, così, chiaro che l'alternatività di cui parla la norma da ultima citata non è tra organi ma tra blocchi di competenza giurisdizionale, l'una arbitrale e, quindi, di origine convenzionale, l'altra generale e statutaria.

Risponde, pertanto, ad un trasparente intento semplicemente programmatico l'opportuna istituzione presso il CONI di entrambi gli organi, Alta Corte e Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport. Cessa, qui, la vita parallela di essi, essendo i loro destini nettamente separati dalle successive, peculiari norme statutarie che trattano con profondità di differenze delle condizioni per il funzionamento e degli effetti delle rispettive attività. Con il prevedere il Tribunale Nazionale lo statuto del CONI ha mostrato al legislatore ordinario la propria piena disponibilità a rendere accessibile ai soggetti dell'ordinamento sportivo nazionale aderenti all'ipotesi loro offerta una soluzione arbitrale alle controversie già risolte in ambito federale e, così, a completare di un segmento ulteriore la catena dei rimedi predisposti nell'alveo dell'ordinamento collaterale. È, in altri termini, nel programma organizzativo della giustizia sportiva predisposto dall'ente di vigilanza uno strumento di componimento delle controversie azionabile su base negoziale ed in virtù dei meccanismi propri del procedimento arbitrale e del riconoscimento dei relativi esiti. Manca qualsiasi riferimento sia all'obbligatorio avvalimento di tale strumento da parte dei soggetti dell'ordinamento sia alla sua immediata trasposizione negli ambiti regolamentari, organizzativi, statutari delle singole articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale.

Ancora una volta lucido appare agli occhi degli osservatori l'ordito statutario del CONI che non manca in più occasioni di sottolineare che la previsione in via programmatica di un organo arbitrale avente sede centrale indica solo una possibile via, per percorrere la quale deve immancabilmente sovvenire l'espressione di volontà adesiva delle federazioni manifestata nei loro statuti o regolamenti. La norma statutaria attraverso la quale si descrive la cornice materiale della cognizione del Tribunale esordisce chiarendo che esso esercita la propria competenza "ove previsto dagli statuti o dai regolamenti delle Federazioni Sportive Nazionali in conformità agli accordi degli associati" (art. 12 ter comma 1, prima parte statuto CONI). Il tema è ripreso nella disposizione statutaria (art. 22) dedicata agli statuti delle Federazioni Sportive Nazionali, ai quali è riconosciuta la facoltà di prevedere il procedimento arbitrale davanti al Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport. Ed infine, lo stesso codice che disciplina i giudizi davanti tale organo (art. 2 comma 3) pretende, come certa condizione di procedibilità dell'arbitrato, che gli affiliati, gli iscritti e gli assuntori di vincoli con le Federazioni, le discipline sportive associate e gli enti di promozione sportiva manifestino espressa adesione alle norme di tali istituzioni che prevedono la composizione della lite in sede arbitrale. Si sarebbe tentati di dire che il modo in cui il Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport ha saggiamente regolamentato i propri procedimenti è stato anche più rigoroso e consequenziale dello Statuto CONI, prescrivendo che alla fase di espressione di volontà adesiva all'arbitrato da parte delle Federazioni succeda quella che pone analogo onere a carico dei soggetti operanti a vario titolo nell'ordinamento sportivo. Doppia e congiunta è, pertanto, secondo l'integrato disegno normativo, la condizione che consente l'utile esperimento della procedura arbitrale: occorre il simultaneo concorso di un duplice ordine di volontà. Non è, quindi, a differenza di quanto accade in relazione alle funzioni dell'Alta Corte di Giustizia Sportiva, la forza della norma statutaria a rendere immediatamente applicabile il procedimento arbitrale, con la serie di conseguenze che trascina con sé, ma un elemento esterno ed ulteriore, la cui carenza si trasforma in impedimento all'azione del Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport.

Se si prova ad individuare norme statutarie CONI di immediata ed inderogabile attuazione nel sistema ordinamentale sportivo risalta con evidenza che si tratta di quelle di cui all'art. 12 ter che escludono materie e questioni determinate dalla sfera di competenza del Tribunale.

Né varrebbe a superare tale limite di ordine generale – a difesa della autonomia in campo tecnico delle singole articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale – l'eventuale accordo compromissorio in arbitri raggiunto tra le parti, trattandosi di materia non compromettibile.

Quanto agli effetti delle pronunce del Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport nessun dubbio può albergare circa la piena e dichiarata equiparabilità al lodo: ciò che osta all'attribuzione alle relative pronunce, nonché allo stesso

procedimento seguito, dei caratteri propri del giudizio impugnatorio, tra i quali quello che consente al giudice del gravame di disporre il rinvio degli atti al giudice di provenienza e di esprimere un principio di diritto al quale obbligatoriamente attenersi. Depone nel medesimo senso la previsione della impugnabilità del lodo del Tribunale nei medesimi casi e per le medesime ragioni previste dal codice di procedura civile.

In termini conclusivi, le pronunce del Tribunale Nazionale contribuiscono a completare il sistema di giustizia dell'ordinamento sportivo nazionale ma sono prive del carattere generale ed esemplare di quelle dell'Alta Corte di Giustizia Sportiva e presuppongono l'adeguamento degli Statuti e dei regolamenti delle Federazioni nonché (anche a causa del carattere oneroso del procedimento) l'adesione dei singoli al procedimento arbitrale non impugnatorio e limitato alle materie convenute tra federazioni e soggetti dell'ordinamento, con esclusione di quelle espressamente sottratte, per superiore disposizione statutaria del CONI, alla sua competenza.

4. *Profili conclusivi e riflessi sulle giurisdizioni superiori degli organi di giustizia sportiva federale del nuovo sistema di giustizia sportiva descritto dallo statuto CONI*

L'aggregazione fin qui realizzata del materiale normativo primario e di quello afferente all'ordinamento particolare getta luce sull'interrogativo da cui ha preso le mosse la presente ricerca.

Si tratta di giudicare se il profondo intervento statutario del CONI in materia di giustizia sportiva e l'istituzione di un sistema frazionato tra amministrazione in forma necessaria demandata ad un organo di vertice e procedimento arbitrale di origine negoziale si sia risolto in un indebolimento dell'autonomia regolamentare, organizzativa e statutaria delle articolazioni federali dell'ordinamento sportivo nazionale. Più in particolare va affrontato il nodo del possibile affievolimento della funzione di orientamento nell'interpretazione ed applicazione delle norme costitutive degli ordinamenti federali tradizionalmente svolte dalle rispettive corti di ultima istanza.

Concorrenti ordini di ragioni conducono verso una rasserenante (per la stabilità degli ordinamenti federali) risposta negativa, pur con le precisazioni che seguono.

È da rilevare, in primo luogo, che l'autonoma rilevanza delle articolazioni dell'ordinamento sportivo, e la sua concretizzazione nell'esercizio di poteri regolamentari, organizzativi e statuari, ha ricevuto esplicito ed ampio riconoscimento dalle fonti primarie sia dell'ordinamento statale che di quello sportivo. Quanto alle prime, è inequivoco il tenore dell'art. 2 della 17 ottobre 2003 n. 280 più volte citata, intitolato "autonomia dell'ordinamento sportivo", che, da un

canto, circoscrive esattamente l'area di cognizione propria dell'ordinamento sportivo mediante la descrizione dei suoi variegati oggetti e, d'altro canto, fonda tale autonoma cognizione sulla presupposta titolarità di potere normativo ed auto-organizzativo da parte dell'ordinamento sportivo nazionale globalmente inteso, vale a dire strutturato anche attraverso articolazioni a loro volta munite, nei rispettivi ambiti di azione, di analogo potere.

Qualunque tentativo con qualsiasi mezzo attuato nell'ordinamento sportivo di conculcare e, comunque, di svuotare le articolazioni federali di tale potere non potrebbe che infrangersi sugli scogli della riserva operata a loro favore dalla legge ordinaria.

L'indirizzo normativo in questione è decisamente rinvigorito da quello assunto dallo statuto del CONI giusto nell'occasione della sua riformulazione in relazione al sistema di giustizia e di arbitrato per lo sport.

Absolutamente trasparente risulta, infatti, la costituzione statutaria di tale sistema, in special modo laddove fa dell'autonoma (ed incoercibile) adesione al neonato procedimento arbitrale il motore grazie al quale soltanto questo può reggere. È, anzi, da dire che logicamente anteriore, nell'architettura statutaria, è la riconduzione al generale potere statutario (*ex lege*) delle federazioni sportive nazionali della possibile previsione del procedimento arbitrale di cui all'art. 12 dello statuto CONI. Facoltà e non obbligo, da fruire senza vincoli e senza il timore che il mancato esercizio o le forme e le modalità dell'esercizio possano essere caducati dal sindacato tutorio del Comitato Olimpico Nazionale Italiano. Non si smentisce la coerenza dello statuto del CONI nemmeno quando, nel disciplinare il Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport, ne sospende l'efficacia dell'operatività in funzione dell'effettiva previsione negli statuti o nei regolamenti delle federazioni sportive nazionali in conformità agli accordi degli associati e subordina all'avvenuto e libero esercizio della facoltà di cui si discute il recepimento nelle normative delle articolazioni. Del resto, non può che dar adito a dubbi l'asserita ultrattività di quelle norme di statuti federali che aderivano alla competenza arbitrale di un organo ormai estinto come la Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport presso il CONI.

Naturalmente la traiettoria normativa appena ricordata non rimane priva di conseguenze determinanti sull'organizzazione di giustizia adottata dalle singole federazioni.

Ed invero, quale che sia la loro (non scontata) opzione in merito all'opportunità di aderire al sistema di arbitrato di recente introduzione, una coppia di certezze consolidatesi circa l'ufficio degli organi di giustizia federale può senza sforzi ricavarsi dalle precedenti considerazioni.

La prima è che permane, insuperabile, il limite dell'eventuale cognizione arbitrale, quale risulta dalle disposizioni statutarie del CONI: nelle materie non arbitrabili non è, quindi, concepibile altra fonte interpretativa ed applicativa (al di fuori, ovviamente, nei casi debiti, dell'Alta Corte di Giustizia Sportiva) che

l'organo di vertice della giustizia federale, con il conseguente obbligo conformativo degli organi di grado inferiore.

La seconda certezza è che, anche nell'ipotesi di adesione fedele al sistema di arbitrato (secondo i criteri discrezionalmente utilizzati dagli statuti federali e previo concorso della volontà dei soggetti dell'ordinamento delle singole articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale), la pronuncia dell'organo arbitrale è destinata a produrre i suoi effetti esclusivamente nell'ambito della specifica controversia per dirimere la quale è stata resa senza alcuna attitudine ultrattiva né pretesa di assurgere ad un rango assimilabile a quello dei principi di diritto vincolanti promananti dall'Alta Corte di Giustizia Sportiva.

La matrice negoziale del procedimento arbitrale si riverbera nella esclusiva qualificabilità del lodo, all'interno dell'ordinamento federale, come *res inter alios acta* rispetto ai soggetti ad esso estranei.

Né obblighi di conformazione diversi dalla semplice sopportazione degli effetti del lodo, e della cooperazione alla sua esecuzione per quanto direttamente rientri nelle prerogative delle federazioni, sembrano configurabili: in particolare, dovrebbero escludersi effetti generali o normativi del lodo, nel senso che esso possa determinare l'abrogazione, la modificazione, una particolare interpretazione di norme federali. Parimenti, appare impropria la prescrizione in seno al lodo di attività valutative o di giudizio predeterminato dal Collegio arbitrale a carico degli organi di giustizia federale: il lodo non può che essere auto-sufficiente ed immediatamente soddisfacente degli interessi della parte di cui ha riconosciuto le ragioni.

Conclusioni, questa, che trova ulteriore legittimazione nell'improponibilità di una qualificazione in senso impugnatorio del procedimento arbitrale sia per la carenza assoluta di qualsiasi utile e probante indice normativo sia per l'altrettanto radicale mancanza di previsioni assertive di un ruolo gerarchicamente sovraordinato del Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport rispetto alle corti federali di ultima istanza sia, infine, per l'assoluta singolarità di un gravame che dovrebbe essere deciso da un organo a composizione ridotta o, al massimo, pari (da uno o tre membri) a quella del giudice che, nella maggior parte dei casi, ha pronunciato il provvedimento impugnato (nel caso di pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Giustizia Federale F.I.G.C. esse sono rese da nove componenti). Ed invero, i due plessi giurisdizionali appartengono a due distinti, non interferenti, circuiti, frutto della più volte sottolineata pluralità di sistemi di giustizia nell'unità dell'ordinamento sportivo nazionale.

Non ricorrono, d'altronde, argomenti apprezzabili o congrui per dubitare che siffatta ricostruzione dei rapporti tra i due sistemi di giustizia sportiva (arbitrale e federale) impedisca o freni l'auspicata razionalizzazione dei rapporti tra i procedimenti di giustizia che si svolgono nell'ambito del CONI e quelli che hanno luogo presso le federazioni.

La salvaguardia della razionalità della disciplina dei rapporti è, infatti, tute-

lata dalla predisposizione dell'offerta arbitrale da parte del CONI, come opportunità di ulteriore sfogo alle questioni già definitivamente trattate presso le federazioni, e della eventuale (non coattiva) accettazione da parte delle articolazioni dell'ordinamento sportivo nazionale e dei soggetti la cui attività presenti per essi rilevanza. Travalicerebbe l'esigenza di razionalizzazione la (priva di base normativa) pretesa di comporre i rapporti in forma autoritativa e di precostituzione di un ordine gerarchico tra i due plessi (arbitrale e federale) di giustizia sportiva: l'esigenza ben può dirsi adeguatamente soddisfatta in virtù della disciplina dell'accesso alla giustizia arbitrale e dell'attribuzione al prodotto di essa (il lodo) dell'effetto risolutivo tra le parti della specifica controversia.

E proprio in questo delimitato e contingente carattere decisorio del lodo arbitrale in questione sta la garanzia della non scalfita funzione esemplare delle corti di giustizia di ultima istanza delle federazioni sportive nazionali.

THE NEW FRAMEWORK OF ITALIAN SYSTEM OF SPORT JUSTICE

by Mario Serio

Abstract

This essay purports to explore the new framework which characterizes the most influential legal institutions operating within Italian sport system following the Italian Olympic Committee's recent resolution to set up two novel bodies regulating disputes between Federations and members (Alta Corte e Tribunale arbitrale per lo sport). The research aims at establishing a satisfactory dividing line between Courts functioning inside Federations and the new organisms instituted by the Olympic Committee, underlining the fundamental, leading role that the former still play in the determination and interpretation of the rules applicable to the relationship between Federations and their members. On the other hand, it is pointed out that the Alta Corte's set of powers consists mainly of the drafting of a coherent body of rules applicable in all the interstices of sports relationship.

Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità

di Mario R. Spasiano

SOMMARIO: 1. La rilevanza organizzatoria del rapporto politica-amministrazione: cenni storici e linee evolutive. - 2. Il contenuto proprio dell'attività politica e dell'attività amministrativa: 2. a) L'attività politica; 2. b) L'attività amministrativa. - 3. Il rapporto necessitato di continuità tra attività politica ed attività amministrativa - 4. Linee di tendenza del rapporto politica-amministrazione nella recente "riforma Brunetta".

1. *La rilevanza organizzatoria del rapporto politica-amministrazione: cenni storici e linee evolutive*

Il tema del rapporto tra politica e amministrazione è antico e complesso¹. L'argomento, come noto, ha rinvenuto ampissima trattazione da parte di studiosi e giuristi di diritto non solo amministrativo che hanno dato vita ad una discussione prevalentemente incentrata intorno alla individuazione dei limiti del potere politico a fronte della predisposizione, da parte dell'ordinamento, di garanzie al cittadino che, sul piano della tutela, si sono sostanziate nella possibilità di sindacato dell'attività posta in essere dai poteri pubblici².

Quello stesso dibattito ha riguardato molto meno le peculiarità dell'attività politica ed amministrativa, i differenti contenuti propri dei due ambiti³.

¹ In ordine ai fondamenti della problematica, si rinvia ai fondamentali studi di G.D. ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Prato 1834; nonché, dello stesso Autore, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Prato 1835. Per una completa panoramica, S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano* (Bologna 1983) e *Le basi del diritto amministrativo* (Bologna 2000).

² In questa prospettiva si collocavano già gli studi di A. BOZZI, *Profili costituzionali della riforma della p.a.*, in *Riv. Amm.* 1950, 545ss., nonché di C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana*, Padova 1954, 257ss.

³ V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa* (Milano 1965), in *Scritti giuridici*, Milano 1981, 178; R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna 1993, I, 375.

I numerosi interventi legislativi succedutisi soprattutto a partire dagli anni novanta dello scorso secolo, in modo diffuso ma non organico, hanno collocato il tema della delimitazione delle competenze fra organi politici e amministrativi nell'ambito della organizzazione più che in quello dell'attività, elevandolo così da un livello speculativo di determinazione dei livelli minimi di garanzia del cittadino e di strumentalità rispetto alla tutela giudiziaria, a quello proprio dei rapporti fra poteri.

Invero qualsiasi tentativo di individuazione di un criterio che possa fungere da *discrimen* universale tra attività politica ed attività amministrativa non risulta agevole⁴, tanto più per il persistere di quel retaggio ideologico, ispirato dalla antica impostazione orlandiana⁵, secondo cui tutto quanto fa riferimento alla politica, così come alla economia, alla sociologia, ecc., si colloca *ipso facto* al di fuori del diritto, tenuto invece a limitarsi esclusivamente alle problematiche "degli atti e delle forme di garanzia della legalità dell'azione amministrativa"⁶. Da qui la scarsa attenzione da parte dei giuristi rispetto ai contenuti propri dell'attività politica con il pregiudiziale rifiuto di riconoscimento di qualsiasi sua rilevanza nell'ambito del diritto.

Come noto, l'originario modello cavouriano, relativo ad una pubblica amministrazione con compiti ben più limitati di quelli ad essa in seguito assegnati, assegnava al ministro, espressione del corpo politico, anche il compito di capo dell'amministrazione⁷. Il diaframma tra ministro e capi di divisione (massima

⁴ Una parte della dottrina nel tentativo di individuare una linea di demarcazione tra politica ed amministrazione propose di operare in sede procedimentale una separazione tra attività istruttoria ed attività decisionale affidando la prima ad organi indipendenti dalle forze politiche e garantiti da speciali immunità e riservando il potere decisionale al ministro: così F. LEVI, *L'attività conoscitiva della p.a.*, Torino 1967, 80. Ma in seguito fu sempre più insistente la spinta, tradotta poi anche in disposti legislativi, ad assegnare anche agli organi burocratici quegli stessi poteri decisionali: sul tema, G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza 1986, 66. Assolutamente contrario alla individuazione del ruolo degli organi politici e di quelli burocratici sulla base della fase procedimentale di riferimento, U. ALLEGRETTI, *Note sulla ristrutturazione del Comune*, in *Le Regioni* 1979, 645ss., secondo il quale "Le azioni espressive dei singoli ruoli possono trovar luogo in varie fasi (...) tenendo conto della loro diversa importanza reciproca e inoltre della mutevolezza dei bisogni (...) nel corso del processo attuativo". In tale prospettiva "la società può intervenire nella programmazione e nella gestione dell'attività amministrativa e dei servizi (...), gli organi politici, nel momento in cui programmano, apprezzano anche i bisogni, indirizzano poi l'attività gestoria (...) e sono legittimati a verificarne i risultati (...). Infine gli uffici e servizi apprestano valutazioni e ricognizioni su cui si svolge l'attività di scelta e di programmazione".

⁵ Sul punto, cfr. V. BACHELET, *op. loc. ult. cit.*

⁶ Una posizione decisamente contraria al riguardo, con riconoscimento della rilevanza giuridica anche della nozione di operatore amministrativo, del suo modo di essere e di produrre atti giuridici, è sostenuta da F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, 289s.

⁷ Sul tema, S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, op. cit., 63ss.; M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna 1978; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo dell p.a.*, Padova 1988, passim.

espressione della burocrazia ministeriale) era costituito dal segretario generale, anch'egli esponente (quasi sempre) della classe politica, garante della coerenza dell'azione dei burocrati rispetto all'indirizzo politico ed amministrativo espresso dal ministro⁸.

Siffatto modello veniva sostanzialmente meno con l'abolizione del segretario generale, operata da Crispi nel 1988, e con l'istituzione dei sottosegretari, muniti dei poteri di volta in volta delegati dal ministro⁹.

Ma il fenomeno di progressiva espansione delle funzioni assunte dalla pubblica amministrazione, prodottosi a partire dall'età giolittiana, determinava ben presto l'esigenza di ricomposizione di quella frattura che si era venuta a determinare tra potere politico e potere amministrativo¹⁰. A tanto si provvedeva con l'istituzione delle direzioni generali dei ministeri, i cui vertici, per ragioni di estrazione sociale e culturale, ma anche per più "bassi" interessi di carriera, si mostrarono piuttosto inclini ad assumere un ruolo di tipo ancillare rispetto alla classe politica, in cambio della concessione, da parte sua, di forme differenziate di premialità.

Con siffatto modello, che vedeva il prevalere ora del corpo politico, ora di quello amministrativo, a seconda delle capacità individuali dei responsabili, si andò avanti per molti decenni, o almeno sino al 1972, peraltro con un vertice burocratico ministeriale indifferenziato rispetto al resto dei dipendenti se non per grado e anzianità.

L'istituzione della dirigenza pubblica, fornita di un proprio *status*, si ebbe infatti soltanto a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 748 del 1972. Tale circostanza pose in termini nuovi il problema della distinzione tra attività politica e attività amministrativa, venuto meno, sebbene a Costituzione invariata, il principio della concentrazione esclusiva, in capo al ministro, delle funzioni di indirizzo politico e di indirizzo amministrativo.

Ma, d'altra parte, come aveva avuto modo in più circostanze di evidenziare Mario Nigro¹¹, nel testo costituzionale risultano prefigurati almeno tre diversi

⁸ Sul tema e su numerosi altri aspetti storici trattati nel presente scritto si rinvia a L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001, *passim*.

⁹ Secondo C. ROEHRSEN (*Della distinzione tra governo ed amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Publ.* 1990, I, 134ss.), "la figura dei sottosegretari di stato è nata per rendere possibile la presenza del Governo in entrambi i rami del Parlamento, necessità che nel nuovo ordinamento costituzionale non esiste più (...). Bisogna semmai tener presente che i sottosegretari servono a rendere partecipi nell'ambito del Governo tutte le forze politiche della coalizione governativa".

¹⁰ S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, op. cit., 64.

¹¹ Secondo C. MORTATI (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1969, II, 590), l'impianto costituzionale fornisce invece al Governo una duplice posizione: "di organo di direzione politica e di organo di esecuzione (...). Si tratta di una unità-distinzione perché le due articolazioni risultano collegate fra loro non solo sotto l'aspetto obiettivo, per effetto del naturale nesso che lega direzione politica ed amministrazione (...), ma anche sotto quello subiettivo discendente dall'identità dei sog-

modelli di amministrazione pubblica: quello verticistico ex art. 95 Cost., che accentra nel vertice politico anche quello amministrativo; il modello della competenza politico-amministrativa differenziata, prefigurato dagli artt. 97 e 98 Cost.; e, in ultimo, quello dei livelli diversificati di organizzazione pubblica, di cui all'art. 5.

Su queste premesse, il tentativo di ridefinizione degli ambiti politici ed amministrativi posto in essere mediante la legge n. 400 del 1988 (di riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri) non si rivelò soddisfacente se, in risposta alle pretese e rivendicazioni di una dirigenza pubblica che andava ormai rafforzandosi in termini di professionalità e competenze (anche a rilevanza esterna) riconosciute dall'ordinamento, il testo normativo si limitò a ribadire il tradizionale principio secondo cui il Consiglio dei Ministri “*determina la politica generale del Governo e, ai fini dell'attuazione di essa, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa*”. Alla pubblica amministrazione, invece, sarebbe spettato provvedere all'attuazione della politica governativa e fornire i dati necessari al suo espletamento.

Si potrebbe discutere in ordine al contenuto proprio dell'attività esecutiva della politica governativa ma l'eventuale approfondimento andrebbe condotto in relazione ai singoli dicasteri ed all'azione dei singoli ministri; la stessa analisi, laddove condotta in termini generali ed astratti, potrebbe condurre a risultati assolutamente divergenti, considerato che gli spazi attuativi, così come peraltro anche il ruolo del supporto istruttorio offerto dai funzionari all'esercizio dell'indirizzo politico, variano profondamente a seconda delle circostanze, ossia dei rapporti di forza fra organi di diversa natura, quindi dei concreti spazi di volta in volta lasciati liberi dal potere politico¹². In altri termini, sotto il profilo del riconoscimento dell'autonomia della funzione amministrativa e della sua sottrazione all'influenza del potere politico, il generico disposto dell'art. 2 della legge n. 400 del 1988 consentiva di affermare tutto e il contrario di tutto.

Riprova di tale circostanza venne dal permanere in vita, anche dopo l'entrata in vigore di quel testo legislativo, di numerosi e complessi problemi di rapporto tra poteri, ancora lungi dal rinvenire adeguata e condivisa composizione.

getti che presiedono all'una e all'altra”. Inoltre, l'art. 95 Cost. attribuisce ai ministri componenti il governo la duplice figura di coautori dell'indirizzo politico e, quali membri del Consiglio dei Ministri, e di capi dei vari dicasteri”. Sotto diverso profilo, A.M. SANDULLI, in *Governo e amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1966, 737ss, secondo cui “la Costituzione, avendo (...) avuto di mira il consolidamento e la preservazione del principio di imparzialità dell'amministrazione con specifico riferimento agli uffici burocratici, deve aver preso le mosse dal concetto della preposizione di organi burocratici a compiti anche di decisione, e non dall'inveterato concetto della preposizione della burocrazia a compiti meramente ausiliari e di esecuzione”.

¹² Sul rapporto tra la forza della legge e quella degli apparati tecnico-amministrativi si rinvia a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari 2005, 33ss.

Tanto più se si consideri la concomitanza di almeno due ulteriori fenomeni: da un lato, l'ulteriore espansione della funzione pubblica in una alla crisi dei suoi modelli tradizionali di esercizio (si pensi, a titolo esemplificativo, all'affermazione dell'attività di regolazione, all'espansione dell'attività di vigilanza o, ancora, al fenomeno della aziendalizzazione della p.a.); dall'altro, la forte affermazione dei c.d. "saperi tecnici", i cui depositari, evidentemente, risultano essere i funzionari, per lo più stabilmente incardinati nell'esercizio delle loro funzioni, piuttosto che i titolari degli organi politici¹³.

Il potere politico fornì risposte differenziate a questa innovativa realtà che potrebbero in linea di massima concentrarsi secondo due direttrici: da una parte, secondo un modello che potrebbe definirsi classico, esso cercò di acquisire il favore o comunque l'avallo della dirigenza burocratica, mediante la concessione alla stessa di privilegi e benefici di varia natura¹⁴; dall'altra parte, sul piano istituzionale, diede vita, sia in sede governativa centrale che regionale, ai c.d. uffici di gabinetto, che, in violazione delle premesse dell'antico R.D. n. 1100 del 1924 che li aveva previsti per la prima volta e secondo cui essi avrebbero dovuto collaborare all'opera personale del ministro senza tuttavia "*intralciare l'azione normale degli uffici amministrativi, né sostituirsi ad essi*", in realtà avrebbero poi svolto un vero e proprio ruolo di guida nei confronti dell'operato dei direttori generali, ergendosi, come rilevato in dottrina, a "luoghi di elaborazione sostitutiva delle politiche e degli indirizzi del ministero, al posto delle direzioni generali"¹⁵.

Nella seconda metà del novecento, soprattutto a partire dagli anni '70, si era peraltro assistito ad un ulteriore fenomeno, ossia all'"infiltrazione" sempre più massiccia di esponenti del corpo politico (o sindacale) nei gangli dell'ammini-

¹³ Da ultimo, C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica*, Napoli 2008; inoltre, D. DE PRETIS *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995.

¹⁴ S. CASSESE (*Il sistema amministrativo*, op. cit., 73) parlò, al riguardo, di *political patronage* intendendo per esso il fenomeno "per cui il governo pone al vertice degli enti pubblici persone di sua fiducia, estranee all'amministrazione". M. NIGRO, nel lavoro *Le riforme amministrative a quattro anni dal rapporto Giannini*, in *Le Regioni* 1984, 649, segnalava come la dirigenza, esclusa dal circuito decisionale, si fosse "dedicata prevalentemente a garantire posizioni di sicurezza, disinteressandosi del miglioramento degli apparati e dei procedimenti attraverso i quali questi operano. Mentre sarebbe stato necessario il più forte e fiducioso impegno della dirigenza nell'immaginare, elaborare e condurre in porto iniziative di riforme in collaborazione con la classe politica, si è registrata la sua completa indifferenza al riguardo".

¹⁵ G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in *Manuale di diritto pubblico* (a cura di G. Amato e A. Barbera), Bologna 545, afferma che "le strutture di gabinetto tendono ad esorbitare dalla naturale funzione di filtro e raccordo politico fra ministro e le direzioni generali per divenire luoghi di elaborazione sostitutiva delle politiche e degli indirizzi del ministero al posto delle direzioni generali". Sul tema C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., II, 596; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Trim. Riv. Dir. Pubbl.* 1985, 380.

strazione, tendenza per lo più giustificata sulla scorta di una malintesa esigenza di controllo pubblico sulle attività poste in essere da parte di organi a carattere tecnico¹⁶. Fu conseguenza di tanto che, a titolo esemplificativo, le commissioni costituite presso le unità sanitarie locali per lo svolgimento dei concorsi a primario ospedaliero finirono con l'essere composte in maggioranza da esponenti politici e sindacalisti piuttosto che da medici, con le intuibili conseguenze del caso in termini di correttezza, efficienza ed imparzialità dell'attività pubblica¹⁷. Ma d'altra parte la tendenza a non considerare strettamente connessi (in termini di necessaria coerenza) i profili strutturali e organizzativi rispetto a quelli funzionali costituisce un'atavica quanto deleteria tendenza nel nostro ordinamento amministrativo.

D'altronde il tentativo di immissione di soggetti di provenienza politica o sindacale nei gangli dell'amministrazione non costituiva un fenomeno originale se il richiamo di Silvio Spaventa in ordine alla "*verità dolorosa della ingerenza indebita dei deputati nell'amministrazione dello Stato*", risaliva al lontano 1880¹⁸.

Ad ogni modo i rigurgiti della inarrestabile propensione della politica italiana (così come degli organismi sindacali) all'invadenza dell'amministrazione si

¹⁶ A. PIZZORUSSO (*Appunti per lo studio della libertà d'opinione dei funzionari: ambito soggettivo del problema*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1971, 2, 1634ss) osservava che quanti sono chiamati, in base a criteri politici, a ricoprire uffici amministrativi, "agiscono in modo generalmente assai più vicino a quello che dovrebbero tenere se si trattasse di cariche politiche che non a quello proprio dei titolari di uffici amministrativi cui si applica il principio di imparzialità".

¹⁷ Sul tema fu necessario dapprima l'intervento della Corte Costituzionale, con la sentenza n. 453 del 1990, poi quello del D. Lgs. n. 29 del 1993 s.m.i., e infine del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 che pose definitivamente fine all'incredibile degenerazione costituita dalla invadenza della politica in sede concorsuale, almeno in termini di composizione delle commissioni, ridando dignità alla necessaria competenza tecnica. Sull'influenza degli apparati politici nella gestione sanitaria, si rinvia a M. NIGRO (*Le riforme amministrative a quattro anni dal Rapporto Giannini*, cit., 656), secondo il quale nelle unità sanitarie locali si era assistito alla "integrale politicizzazione di un'amministrazione di mera gestione, che, fatto il debito posto ad alcune esigenze di amministrazione, avrebbe dovuto essere affidata a funzionari amministrativi e tecnici".

¹⁸ Si fa riferimento al noto discorso pronunciato da S. SPAVENTA all'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, laddove l'A. attribuiva le cause del fenomeno della ingerenza della politica sull'amministrazione alla mancanza di norme chiare sui limiti e sulla portata delle funzioni della pubblica amministrazione, sul difetto e sull'incertezza del giudice competente, sulla carenza di responsabilità da parte dei pubblici funzionari.

Invero la pubblica amministrazione ha subito a lungo l'influenza del potere politico al fine di consentire ai partiti politici di trasformare le loro volontà in atti giuridicamente vincolanti: in termini L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, in AAVV., *Partiti e democrazia*, in *Atti del III Convegno di S. Pellegrino*, Roma 1964, 108 ss.

Il ruolo dei partiti ed anche dei sindacati ha inciso notevolmente sul rapporto politica amministrazione: sul punto, oltre alle fondamentali osservazioni di C. MORTATI (*Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., 590), nonché al già richiamato discorso di S. Spaventa, cfr. G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in *Opere*, I, Milano 1959, 539s.; P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano 1948, 273ss.; T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.* XXI, Milano 1971, 165s.

manifestarono particolarmente forti negli anni '70-'80 del novecento, finendo col costituire persino una delle principali cause di quel fenomeno politico-giudiziario che avrebbe preso il nome di "tangentopoli".

Sotto diversa angolatura va anche rimarcato che persino taluni silenzi istituzionali di quegli anni si sarebbero mostrati risultati gravidi di conseguenze negative: organi giudiziari (Corte Costituzionale, Corte dei Conti, magistratura amministrativa) ed organi amministrativi (organi di controllo, segretari comunali, ecc.), sebbene con importanti eccezioni (fra tutte, le sentenze della Corte Costituzionale n. 453 del 1990 e n. 333 del 1993¹⁹), non sempre si sforzarono o risultarono capaci di offrire un contributo adeguato in termini di verifica della legittimità di comportamenti e di prassi invalse nei diversi centri di esercizio del potere amministrativo. Questi ultimi, in palese violazione dell'art. 97 Cost., finivano con il sottoporre l'amministrazione (non di rado compiacente e persino connivente) al potere politico²⁰ in virtù di quel principio di insindacabilità del potere organizzativo della p.a., colto nella sua dimensione squisitamente statica²¹, persino neutra rispetto all'esercizio della funzione, come se un organo privo di una composizione ispirata al principio di imparzialità potesse poi esplicare un'azione imparziale²²!

D'altronde non fu un caso se, anche sotto l'influenza emotiva travolgente del momento, la Commissione bicamerale per la riforma della Costituzione presieduta dall'on. MASSIMO D'ALEMA, elaborò una bozza di testo che, accanto alla cancellazione degli organi di controllo regionale, prevedeva persino la soppressione della funzione giurisdizionale della Corte dei Conti, assegnata al giudice amministrativo, ed una profonda riforma di quest'ultimo²³.

¹⁹ In ordine a quest'ultima, si segnala il commento critico di F. BASSANINI, in AA.VV., *Relazione introduttiva al Convegno su I rapporti tra cittadini ed istituzioni*, Milano 1992, 31ss.; inoltre di G. MIGLIO, *La Consulta ai politici: giù le mani dai concorsi*, su *Il Sole 24ore* del 16.10.1990 e dello stesso Autore, *Se di parte non è democrazia*, loc. cit., 19.10.1990

²⁰ M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. DELLA CANANEA e M. DUGATO, Napoli, 2006, 187ss.

²¹ Sulla dimensione statica della p.a. e sulla rilevanza organizzatoria solo sotto il profilo dell'attribuzione delle competenze, si rinvia a R. MARRAMA, op. loc. cit.

²² Una sentenza di notevole rilevanza, alla quale non fu dato adeguato seguito da parte della giurisprudenza amministrativa, risultò essere la n. 2 del 22 febbraio 1972 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (in *Riv. Cons. Stato*, I, 77) con la quale si affermò che ove venga legislativamente posto un sistema organizzativo che renda possibile, anche solo in astratto, di non onorare i principi del buon andamento e dell'imparzialità, le norme sul sistema stesso non possono essere ritenute costituzionalmente legittime.

²³ L'art. 119 del testo elaborato dalla Commissione bicamerale presieduta dall'On. Massimo D'Alema disponeva testualmente "1. La giurisdizione amministrativa è esercitata dai giudici dei tribunali regionali di giustizia amministrativa e della Corte di giustizia amministrativa sulla base di materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l'esercizio di pubblici poteri.

2. Il giudice amministrativo giudica altresì della responsabilità patrimoniale dei pubblici fun-

Ad ogni modo l'ordinamento, a partire dai dd.lgs. nn. 29, 470 e 546 del 1993, sulla spinta degli accadimenti socio-politici, della ormai mal sopportata inefficienza della cosa pubblica (sentimento diffuso soprattutto nelle aree dell'Italia settentrionale) e, non ultimo, degli sporadici ma comunque incisivi impulsi provenienti dalla Consulta, mostrava di voler intraprendere la strada della distinzione fra competenze di organi politici e amministrativi. Percorso che era già stato avviato in sede di riforma degli enti locali, con la legge n. 142 del 1990, e rafforzato con la successiva legge n. 81 del 1993, nella ormai diffusa consapevolezza, peraltro, che la spiccata tendenza alla mediazione e alla negoziazione piuttosto che all'amministrazione, propria del *modus operandi* degli organi a natura mista politico-amministrativa, aveva contribuito in molti casi a rendere assolutamente ingovernabili le istituzioni, a partire da quelle locali²⁴.

Ma l'arretramento della politica ancora una volta durava ben poco se è vero (come è vero) che già a partire dal 1998, l'intromissione degli organi politici nei gangli dell'amministrazione cominciò a vivere, con originali forme, una "nuova primavera", rafforzata dal duplice meccanismo della privatizzazione del rapporto della dirigenza e della sua precarizzazione²⁵.

In questa prospettiva, l'attività di natura politica, messasi formalmente al riparo dalla tradizionali accuse di indebita ingerenza dietro la (apparente) riaffermazione del teorico principio secondo cui la gestione costituisce prerogativa esclusiva della dirigenza, prospettava un inedito assioma, preso in prestito dall'invero ben diverso modello anglo-sassone, secondo cui l'efficienza amministrativa presuppone necessariamente l'instaurazione di uno stretto rapporto di fiducia tra apparato politico e organo dirigente: affermazione questa – si badi – che, in linea teorica, può essere condivisa, salvo verificare il contenuto di tale fiducia e le relative modalità di esplicazione.

Il progressivo fenomeno (cfr. d. lgs. n. 165 del 2001, legge n. 145 del 2002, d.l. n. 115 del 2005 conv. in legge 168 del 2005) di rafforzamento del c.d. *spoils-system*, determinato o comunque giustificato anche dalla diffusa introduzione di meccanismi elettorali di tipo maggioritario a carattere presidenzialista o semi

zionari nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre materie specificate dalla legge. 3. La legge determina i titolari dell'azione di responsabilità".

²⁴ Sul punto, S. CASSESE, *La gestione delle amministrazioni pubbliche*, in *Politica del diritto* 1987, 120. Inoltre, G. COCCO, *Disciplina differenziata e specialità del rapporto di pubblico impiego*, Roma 1984, 120ss.

²⁵ M.R. SPASIANO, *Forme di irresponsabilità nei nuovi modelli di amministrazione*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano 2005, 344, ove si rileva che "Accade, conseguentemente, che l'unica, reale forma di verifica dell'operato dell'alta dirigenza consista oggi nel riscontro, da parte degli organi politici, del persistere della corrispondenza alla fiducia accordata all'atto della nomina. In un quadro peraltro che colloca persino gli organismi preposti alla valutazione dei dirigenti in un a posizione del tutto priva di effettiva autonomia, risultando anch'essi di nomina degli stessi organi politici".

presidenzialista²⁶, finiva col rinvenire applicazione in termini piuttosto omogenei in tutti i livelli di amministrazione. Ma l'assolutizzazione dell'elemento fiduciario assumeva un'accezione quanto meno ambigua, fondata su elementi di tipo per lo più personalistico, quindi insindacabili, in un contesto di sostanziale condivisione degli orientamenti da parte dei governi di centro-destra e centro-sinistra, e con i soli distinguo emersi in una parte della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa²⁷.

Nel nuovo assetto ispirato all'applicazione dello *spoils-system*, l'unica reale forma di verifica dell'operato della dirigenza consisteva nel riscontro, da parte degli organi politici, della persistenza, nel tempo, di quegli elementi di fiducia (leggasi *affinità politica*) che avevano originariamente determinato il conferimento della relativa nomina. Tanto più risultando ancora carente, nell'ambito dell'amministrazione pubblica, una rigorosa cultura di programmazione della spesa, di fissazione di obiettivi con relativi *budget*, di effettivo utilizzo di un modello gestionale basato sul bilancio economico anziché finanziario, di conseguimento del risultato²⁸: in tale contesto, valutare l'operato dei dirigenti della p.a. in assenza di oggettivi parametri di riscontro diveniva, gioco forza, un'operazione "squisitamente politica" o comunque "falsa", aggravata peraltro dalla sostanziale insindacabilità delle determinazioni anche a contenuto amministrativo espresse da organi di indirizzo politico considerato che il giudice ordinario, munito di giurisdizione esclusiva in materia di impiego presso la pubblica amministrazione, continua tutt'oggi a risultare anche culturalmente refrattario al riguardo, con la conseguenza che la dirigenza e le sue sorti sono lasciate in balia degli organi politici (solo negli ultimi anni la Cassazione sembra aver cominciato a maturare e manifestare una diversa consapevolezza²⁹).

²⁶ Sul nesso di interdipendenza tra sistema elettorale, organizzazione ed attività amministrativa, M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli 1995, 274ss.

²⁷ Da ultimo si segnala la sentenza della Corte Costituzionale n. 34 del 27 gennaio 2010 (in www.cortecostituzionale.it) che si pone in linea, fra le altre, con le precedenti decisioni dello stesso organo nn. 103 e 104 del 2007; 35, 161 e 390 del 2008 (tutte in www.cortecostituzionale.it).

²⁸ Sul risultato amministrativo la bibliografia è ampia e per essa si rinvia a M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2005. Sul risultato amministrativo quale risultato giuridico, non necessariamente materiale, cfr. da ultimo dello stesso Autore, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie* 2009, 75ss.

²⁹ Sul punto, si richiama l'importante sentenza Cass., Sez. Lav., 14 aprile 2008, n. 9814, in www.lexitalia.it, seconda la quale "nell'ambito del rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze delle pp.aa., il giudice ordinario può sottoporre a sindacato l'esercizio dei poteri esercitati dall'amministrazione nella veste di datrice di lavoro, sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, siccome regole applicabili anche all'attività di diritto privato, alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost."

Ma vi è di più: infatti, sebbene sotto diverso profilo, neanche va sottovalutata la circostanza che vede collocati persino gli organismi preposti alla valutazione dei dirigenti in una posizione priva di autonomia rispetto agli organi politici, essendo di nomina di questi ultimi e ad essi sottoposti altresì per la riconferma o la rimozione.

Solo di recente, la consapevolezza della situazione sta inducendo all'adozione di misure che collocano gli organi di valutazione dell'operato dell'attività della dirigenza in una condizione di maggiore autonomia dal condizionamento politico: ci si riferisce alla prevista istituzione di organi indipendenti di valutazione delle *performance* delle singole amministrazioni³⁰. Ma su questo aspetto (e sui limiti che emergono dalla recente riforma) si rinvia *infra*.

Il quadro normativo di riferimento ha peraltro consentito che l'invasione degli ambiti di amministrazione da parte di personale politico avvenisse ormai senza neanche l'assunzione delle relative responsabilità da parte di quest'ultimo, potendo tale ingerenza aver luogo mediante il controllo sostanziale dell'operato della sola alta dirigenza, a sua volta deputata a procedere, mediante un processo a cascata, alle nomine della dirigenza di livello inferiore. Ma queste nomine, evidentemente, non possono che porsi in linea con i *desiderata* espressi dal potere politico in sede in sede extra-istituzionale. In questa prospettiva, la precarietà dell'alta dirigenza e la fedeltà al politico di turno risultano ancora una volta fattori decisivi, compensati con l'attribuzione di emolumenti e/o con la riconferma negli incarichi.

Insomma appare difficile individuare seri elementi atti a negare che l'attività amministrativa ed i relativi responsabili siano relegati in una condizione tendenzialmente ancillare, con ciò senza voler negare l'opportunità e persino l'esigenza che l'attività amministrativa si renda funzionale (non prona) alle decisioni politiche di cui molte volte essa stessa è alimento necessario.

2. *Il contenuto proprio dell'attività politica e dell'attività amministrativa*

2.a) *L'attività politica*

Se quelli delineati solo ad ampi tratti costituiscono il quadro normativo di riferimento e le linee evolutive dell'ordinamento, appare opportuno a questo punto chiedersi quale sia il contenuto proprio dell'attività politica e dell'attività amministrativa: naturalmente l'analisi che segue non ha alcuna pretesa di esaustività stante il carattere ampio e complesso della tematica.

³⁰ In ordine alla incongruenza del rapporto politica-dirigenza amministrativa quale prefigurato nell'ordinamento, A. POLICE, *Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, 505 s.

Il dibattito dottrinale e l'apporto giurisprudenziale sviluppatosi in tema di contenuti dell'attività politica mostra di non essere addivenuto alla elaborazione di un'accezione unanimemente condivisa³¹. La ragione appare comprensibile a riprova del carattere dinamico che il concetto stesso di politica assume a seconda delle condizioni spazio-temporali di riferimento.

Come rilevato in precedenza, i giuristi che si sono occupati del tema hanno incentrato i loro studi sulla natura e sulle caratteristiche dell'atto propriamente politico, in quanto tale sottratto al sindacato giurisdizionale. La focalizzazione dell'attenzione intorno all'atto piuttosto che all'attività politica è imputabile a due diverse ragioni: la prima, è di ordine speculativo, legata alla verifica della capacità di resistenza del cittadino a fronte dell'adozione di determinati atti aventi quella natura³²; la seconda, invece, è la logica conseguenza della circostanza che gli studi sulla funzione amministrativa hanno visto luce solo in epoca relativamente recente a causa della concezione formalistica e fortemente autoritativa a lungo dominante che riteneva esaurita intorno alla figura dell'atto, in generale, e del provvedimento amministrativo, in particolare, la problematica dell'esercizio dei poteri pubblici da parte dello Stato³³. In altri termini il pensiero e l'impostazione giuridica di Jellinek³⁴, di stampo idealistico, espressione a sua

³¹ Tra le principali trattazioni sul tema, si richiama: C. COCO, *L'atto di potere politico*, in *Riv. trim. Dir. Pubbl.* 1927, I, 277; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. Dir. Pubbl.* 1937, 271; O. RANELLETTI-A. AMORTH, voce *Atti politici (o di governo)*, in *Nss. Dig. Ital.* I, 2, Torino 1958, 1511; P. BARILE, voce *Atto di governo (e atto politico)* in *Enc. Dir.* IV, Milano 1959, 220; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1961; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1966, 740; G. CUGURRA, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1972, 48; G. GARRONE, voce *Atto politico* (discipl. ammin.), in *Dig. Disc. Pubbl.* I, Torino 1987, 544; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova 1988.

³² G. MARONGIU, in *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova 1989, 131, rileva che "l'atto politico come atto insindacabile è nato in Francia (*Actes des gouvernements*) ed è poi stato recepito nei Paesi anglo-sassoni (*Acts of State*, in Inghilterra, e *Political questions*, negli Stati Uniti).

³³ E. CHELI (*Atto politico*, cit., 92) osservava che il passaggio dalla nozione di atto politico a quella di attività di governo e, infine, a quella di indirizzo politico in senso stretto ha sostanzialmente seguito l'evoluzione dell'ordinamento giuridico: a ciascuna di queste enunciazioni, infatti, è corrisposto un certo periodo del nostro sistema. I tre periodi coincidono, seppure sommariamente, con quello liberal-garantista, quello autoritario e quello democratico-costituzionale.

³⁴ Nel 1905, JELLINEK, nel suo lavoro *Allgemeine Staatslehre* (Berlino 1905, 378 s.) affermava l'immedesimazione del concetto di politica con quello di Stato. La tesi dell'illustre A. veniva fortemente contestata da Meyer e, in Italia, da Santi Romano, i quali collegavano piuttosto il concetto di politica all'espressione diretta della volontà della comunità, anche locale. Nello studio intitolato *Il Comune*, in *Trattato V.E. Orlando*, II, 1, Milano 1910, 515, SANTI ROMANO scriveva: "Politica il Meyer dice, in modo da non dar luogo a dubbi, quella comunità la quale deriva dal territorio su cui è fissata l'origine del vincolo associativo, in contrapposto alle altre che si fondano sui vincoli, prossimi o remoti, della consanguineità. Basta dunque sostituire all'espressione comunità politica, l'altra di comunità territoriale, perché l'obiezione di G. Jellinek svanisca". In termini cfr. anche M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della p.a.*, Milano 1939, 72ss.

volta del pensiero hegeliano, avevano persuaso molti giuristi anche italiani, sino a conformare il pensiero gius-pubblicistico dominante sull'assioma della immedesimazione del concetto di politica con quello di Stato: lo Stato personifica la politica ed essendo potere precostituito, prescinde dai cittadini, dunque é insindacabile.

Solo decenni dopo, a quella concezione si opposero, tra gli altri, in Germania, G. MEYER, e in Italia, SANTI ROMANO, entrambi convinti che il momento politico costituisse invece l'espressione diretta della volontà della comunità sottostante, piuttosto che di uno Stato personificato.

Ad ogni modo, al fine di tentare una definizione dell'attività politica occorre riconoscere che il suo ambito "concerne la condotta e il governo di una comunità sociale e fine politico è quel fine verso il quale la comunità orienta ed indirizza la sua condotta" (MARTINES³⁵). Da tanto deriva che l'indirizzo politico costituisce una manifestazione di volontà coerente al perseguimento di un fine o di un interesse politico. In questa prospettiva, tuttavia, va posta una condizione, ossia che per fine o interesse politico non si intenda fine o interesse pubblico e ciò sia perché il fine pubblico (non quello politico) pertiene ormai anche a soggetti aventi natura giuridica privata (non solo concessionari), sia perché il concetto stesso di "interesse pubblico" si pone su un piano qualitativamente diverso da quello di politico³⁶. Il primo infatti, nell'esercizio di poteri normativamente definiti, è destinato a comporre interessi pubblici e privati già emersi e comunque ritenuti dall'ordinamento meritevoli di tutela da parte di determinati soggetti; l'interesse politico, invece, si muove a monte, su un piano differente, essendo volto anche alla individuazione di interessi rilevanti nell'ambito della comunità di riferimento e sinora neanche conosciuti o presi in considerazione dell'ordinamento giuridico.

Eppure non può sfuggire che l'attività politica non può più essere qualificata quale attività decisionale "basata sulla forza" assoluta, capace cioè di perseguire fini liberamente scelti, imponendoli coattivamente ad una collettività³⁷. È noto che la funzione politica è tradizionalmente definita la funzione suprema, quella cioè costituente "il punto di saldatura tra Stato-comunità e Stato-organizzazione" (MORTATI), cui spetta scegliere, tra i diversi interessi socialmente rilevan-

³⁵ T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.* XXI, Milano 1971, 135s.

³⁶ P. GASPARRI, in *Gli interessi umani e il diritto*, Bologna 1951, 23, afferma che "nel concetto politico c'è qualcosa di più specifico che non in quello di pubblico. La *polis* non è soltanto una collettività indefinita, un *populus*, una folla, oltreché fluida, informe ed indifferenziata. Nella *polis* c'è quella che si chiama un'organizzazione, un ordinamento (...). Quando si parla di interessi politici si indicano per lo più (...) gli interessi di una collettività la quale, pur senza cessare di essere indeterminata, nel senso che i suoi componenti si rinnovano continuamente nel tempo, si è data un assetto, una organizzazione: si è costituita in Comune od in Stato, in sindacato o in associazione".

³⁷ G. MARONGIU, *op. loc. cit.*, 138.

ti, quelli che meritano cura, stabilendone altresì la scala gerarchica di soddisfazione e le relative modalità³⁸. Tuttavia, sotto il profilo contenutistico, questa affermazione va sottoposta ad un riesame critico, rivelandosi ormai inappagante, inadeguata in quanto, da un lato, trascura l'esistenza di finalità superiori, in grado persino di trascendere la funzione politica e di imporsi ad essa costringendo il potere politico ad operare similmente a qualunque altra funzione, nel rispetto di limiti precostituiti³⁹; dall'altro, non tiene conto di limiti ormai intrinseci alla stessa attività politica, dettati da quella tecnica che ormai pervade profondamente il contenuto di una parte cospicua anche dell'attività politica che non può certo prescindere da essa⁴⁰.

L'affermazione merita qualche chiarimento nel senso che la funzione politica appare sovente chiamata a misurarsi con principi e prescrizioni destinati a prevalere su di essa ovvero a condizionarla sia a causa della fonte da cui promanano (si pensi ai principi dell'ordinamento comunitario o internazionale), sia della forza propria di siffatti principi che, in considerazione della natura dei diritti e interessi correlati (in materia di ambiente, sanità, tutela dei diritti fondamentali della persona, ecc.) sono comunque preordinati a fare da guida inderogabile anche all'esercizio dell'attività politica, sino a conformare le sue scelte. Il complesso fenomeno richiamato costituisce una delle molteplici manifestazioni della dequotazione della sovranità assoluta della attività politica quale storicamente determinata; esso è destinato nel tempo ad allargarsi, incanalando anche le scelte politiche in alvei per lo più predeterminati (si pensi alla politica monetaria ormai sottratta alla competenza della Banca d'Italia, ovvero alla disciplina di importanti settori quali lavori pubblici, ambiente, ecc. di pressoché esclusiva competenza comunitaria, oppure a principi dell'ordinamento, di livello costituzionale e non, aventi carattere rafforzato la cui applicazione incide, conformandole, anche sulle determinazioni politiche che, ancora una volta, non possono prescindere da essi).

Ma vi è di più: la funzione politica, "pur restando logicamente prioritaria rispetto a qualsiasi altra" (GIANNINI⁴¹), è tenuta a fare i conti anche con quelle scelte fondamentali di governo della spesa pubblica, interne o comunitarie, alle cui opzioni non può sottrarsi se non con conseguenze gravissime per l'intero sistema, anche in termini sanzionatori da parte degli organismi europei.

³⁸ C. MORTATI, in *Istituzioni di diritto pubblico*, cit. 162, sottolineava la funzione di coordinamento che esercita l'indirizzo politico nei confronti delle singole manifestazioni del potere.

³⁹ Sul tema, cfr. N. SPERANZA, *Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Napoli 1971, 84. Peraltro la mancanza di un rapporto di tipo gerarchico tra atti politici e atti amministrativi è sotto diverso profilo analizzata da G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova 1973, 98.

⁴⁰ Anche in questo caso si rinvia al recente lavoro di C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica*, op. cit., *passim*.

⁴¹ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, 608.

Insomma occorre ormai convenire che la funzione politica non si conclude nell'ambito del potere e delle decisioni politiche da cui promana; essa piuttosto si realizza mediante un processo dinamico tenuto costantemente a confrontarsi sia con fonti giuridiche sovraordinate, anche esterne all'ordinamento nazionale, sia con le stesse numerose opzioni fondamentali che i poteri dello Stato abbiano individuato ed eretto a parametri imprescindibili di riferimento anche per la stessa attività politica⁴², sia con le prescrizioni della tecnica, sia, non ultimo, con misure anche a carattere non giuridico provenienti da soggetti non istituzionali aventi rilievo persino globale.

Ciò non implica, tuttavia, che nel momento politico non vi sia sempre, sottesa, la creazione in certo modo arbitraria della misura di soddisfacimento di interessi⁴³; arbitrio che acquista spessore tanto più ampio quanto più il carattere di assolutezza dell'interesse perseguito si carichi di significati, sfumando il momento della scelta politica "così da far apparire che tutto quanto risulti dalla determinazione adottata ... dipenda non tanto da un maggiore vincolo della volontà soggettiva, quanto dal carattere speciale dell'interesse perseguito, che avrebbe una dimensione inadatta a farlo oggetto di confronto con altri interessi, alla stregua delle comparazioni e delle valutazioni normali nell'ambito dell'attività amministrativa" (BERTI⁴⁴).

2.b) *L'attività amministrativa*

Autorevole dottrina definiva, anni orsono, l'attività amministrativa quella "attività di valutazione della capacità e principalmente della legittimazione del cittadino riguardo al suo potere di partecipazione" (PASTORI⁴⁵).

Appare ormai che l'esercizio del pubblico potere, lungi dal configurarsi come attività di mera rimozione o costituzione di limiti all'esercizio delle facoltà dei cittadini, abbia assunto connotazioni di co-gestione partecipata del potere tra soggetti pubblici e privati, dimensione tanto più avvalorata dalla mancanza, a livello normativo, di una precisa predeterminazione degli interessi pubblici, la cui conformazione nel caso concreto si rivela il portato dell'attività propria dell'amministrazione pubblica⁴⁶.

In questa prospettiva al funzionario della p.a., cui compete l'esercizio dell'attività amministrativa, è affidato un ruolo persino "creativo" quanto mai deter-

⁴² G. MARONGIU, *L'attività direttiva*, op. cit., 135.

⁴³ G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1969, 137s.

⁴⁴ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*, 138.

⁴⁵ G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova 1967, 288.

⁴⁶ M.R. SPASIANO, *Organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Studi Maceratensi* dell'Università di Macerata, 2000.

minante, ad elevato contenuto professionale. Eppure, nella realtà, la condizione del dirigente della p.a. resta sottoposta a molteplici valutazioni da parte di organi politici, in una posizione non di rado di sostanziale subordinazione, ad onta del principio di cui all'art. 87 Cost. che, affidando al Presidente della Repubblica il potere di nomina dei funzionari della p.a., aveva inteso sottrarre le sorti delle carriere dei massimi funzionari all'influenza dei poteri politici⁴⁷.

L'attività amministrativa consiste nell'esercizio di una funzione volta alla realizzazione di interessi non propri⁴⁸, il cui tasso di discrezionalità si rivela direttamente proporzionale al grado di indeterminazione della norma di conferimento e di modulazione del potere. Come rilevato, il legislatore affida talvolta alla p.a. persino il compito di conformare l'interesse primario da perseguire a seguito di procedimenti amministrativi nei quali, appunto, emergono gli interessi coinvolti nell'azione⁴⁹.

L'affidamento all'azione amministrativa della definizione dell'interesse pubblico da perseguire carica la burocrazia di competenze e responsabilità, che se da un lato confermano l'opzione dell'ordinamento per un principio di legalità di tipo sostanziale, dall'altro ne impongono il passaggio da una logica burocratica di mero rispetto di regole, ad una logica di conseguimento del risultato amministrativo. Quest'ultimo, già inscritto nella norma attributiva del potere pubblico, della quale anzi costituisce, alla luce del principio di sussidiarietà, la necessaria condizione di legittimazione, non potrà sempre coincidere con la soddisfazione dell'interesse pretensivo vantato, esprimendosi piuttosto in termini di risultato giuridico, non meno rilevante in termini di effettività dell'esercizio del potere amministrativo e di certezza del diritto.

Sotto altro profilo va anche rilevato che la diversificazione degli ambiti di esercizio dell'attività amministrativa pretende forme altrettanto differenziate di comportamento. Tanto più che alla presenza di ambiti nei quali l'azione prima penetrante della p.a. è ormai tenuta a recedere, lasciando il passo al libero mercato od a trasformarsi da amministrazione attiva in attività di regolazione o di vigilanza, si contrappongono campi inediti di intervento nei quali la stessa p.a., prima assente, è chiamata a svolgere un ruolo importante che per lo più si esprime in termini di esercizio di azione di programmazione o di coordinamento, ruoli nei cui confronti la tradizione amministrativa italiana risulta piuttosto refrattaria, prediligendo, per molteplici quanto intuibili ragioni, l'attività di gestione del potere.

In tali contesti, persino la stessa discrezionalità amministrativa tende a non esprimersi più in termini di coerenza dell'azione a fini normativamente predeter-

⁴⁷ Sul punto, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., 596.

⁴⁸ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965, passim.

⁴⁹ A. AZZENA, *Potere amministrativo ed atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, II, 1203.

minati⁵⁰, ma si approssima alla libertà negoziale, una libertà naturalmente condizionata alla prioritaria individuazione, conformazione e cura dell'interesse pubblico.

L'ordinamento comunitario e anche l'evoluzione dell'ordinamento nazionale si orientano nella direzione del riconoscimento di spazi sempre più creativi per l'amministrazione pubblica, con l'ampliamento della riserva di amministrazione⁵¹. Tuttavia l'incertezza dei dati normativi di riferimento o l'eccessiva presenza di fonti, l'*horror vacui* del funzionario in assenza di precisi quadri normativi di riferimento, la carenza di una reale cultura del risultato amministrativo o l'ancora irrisolto conflitto tra legalità e buon andamento spingono molte volte il funzionario a rifugiarsi dietro silenzi e omissioni, che malcelano – nelle ipotesi non patologiche – il timore dell'errore e dunque della responsabilità penale e amministrativa che possa derivare dall'assunzione di determinati comportamenti magari dettati da encomiabili intenti di tipo efficientistico⁵². Da qui la paura di scegliere, il rinvio all'esito di (non sempre utili) azioni giudiziarie che garantiscano al funzionario, obbligandolo, la legittimità del comportamento e soprattutto la sottrazione all'azione inquirente degli altri organi giudiziari preposti (giudice penale e contabile). Questa condizione – appare evidente – non solo mortifica pesantemente l'esercizio dell'attività amministrativa, persino in termini di professionalità, ma determina ritardi gravi, di per sé fonti di danno e di impedimento ad un rapido sviluppo economico e sociale quale invece ormai imposto dalla competitività dei mercati.

In siffatto contesto l'incerta definizione del rapporto politica-amministrazione, anziché determinare condizioni di fiducia e di compartecipazione all'esercizio dell'attività amministrativa, diviene elemento di ulteriore perturbamento e disarmonia.

3. *Il rapporto necessitato di continuità tra attività politica ed attività amministrativa e la costante tentazione della contiguità*

Il contesto sin qui richiamato impegna alla realizzazione di un'azione frutto della integrazione e della sintonia tra organi politici ed amministrativi, imposta

⁵⁰ Sul punto appare doveroso e sempre attuale il rinvio al lavoro di G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1992, 27; inoltre, sul tema, G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano 1993, 229ss.

⁵¹ Il fenomeno era stato già opportunamente focalizzato da M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della p.a.*, Milano 1966, *passim*.

⁵² Emblematiche e quanto mai appropriate le parole di G. CORSO nel suo scritto *Perché la complicazione?*, in *Riv. Nuove Autonomie* 2008, 3, 611s. Iddove l'A. così scrive: "Il burocrate italiano (...) fa valere il suo potere più quando dice no che quando dice sì; e ancor di più quando tiene l'interessato col fiato sospeso tardando a decidere. Questo atteggiamento viene esaltato quando l'arroganza è associata all'ignoranza".

dalla diffusa commistione, con conseguente indistinguibilità della natura dei fattori che connotano entrambe attività.

La rivalutazione del momento amministrativo si pone peraltro quale fattore determinante anche al di fuori ed a prescindere del piano legislativo formale. È, infatti, innanzitutto sul piano sostanziale che il potere politico, e, più in generale, gli organi di governo non possono ormai prescindere dall'apporto di precise competenze amministrative a causa della natura complessa e tecnica che connota pressoché qualsiasi attività di amministrazione pubblica, nell'ambito della quale la compartecipazione degli organi di diversa natura persino alla conformazione dell'interesse pubblico si profila quale condizione pressoché ineliminabile.

“L'armamentario ideologico dell'800” (NIGRO) aveva lasciato in eredità alla cultura posta alla base del nostro ordinamento il principio teorico della distinguibilità assoluta, quindi della netta separazione, fra politica ed amministrazione. Principio che chiaramente poteva rinvenire riconoscimento ed applicazione laddove l'attività amministrativa si esauriva nell'attuazione della legge e l'attività politica nella predisposizione di leggi o nella elaborazione di direttive⁵³.

Ma siffatto modello di riparto fra i poteri non può ormai prospettarsi neanche sul piano teorico in presenza di un'amministrazione policentrica e polifunzionale, fortemente diffusa nel tessuto socio-economico, ad elevato grado di tecnicismo. Quella che era stata definita l'“*illusoria e nominale*” (NIGRO) separazione fra politica ed amministrazione, risolvendosi peraltro nel riconoscimento del principio di supremazia della politica sull'amministrazione e nell'ingerenza degli organi politici sull'amministrazione, appare dunque il frutto di aspirazioni che non possono più rinvenire alcuna giustificazione neanche sotto il profilo giuridico-ordinamentale.

Se, da un lato, l'azione politica è obbligata a conformarsi ai principi generali posti dall'ordinamento comunitario e anche dall'ordinamento interno nonché a tener conto delle competenze tecniche (tanto da individuarsi un vero e proprio problema di “amministrazione della tecnica”), l'amministrazione, dal canto suo, è obbligata, mediante i modelli partecipativi procedurali, a radicarsi in termini conoscitivi nel tessuto della comunità, nella rete dei rapporti sociali ed economici sottostanti, per ergersi essa stessa ad interprete dei bisogni del cittadino e per contribuire all'adozione di adeguate ed efficaci misure di natura politica ed amministrativa. Non a caso, nel modello di dirigenza della p.a., il responsabile amministrativo è chiamato a conseguire obiettivi concreti, oggettivamente valutabili, sulla base delle direttive ricevute e delle risorse a sua disposizione.

In questa prospettiva il rapporto politica-amministrazione, almeno sul piano astratto, pare allora potersi collocare in un alveo meno tumultuoso di quello

⁵³ Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., 144; inoltre, L. CARLASSARRE, *Amministrazione e potere politico*, Padova 1974.

tradizionale, nel quale è dato cogliere, al di là di momenti di puro esercizio di attività dell'una o dell'altra natura, una congerie di valutazioni a carattere misto che, in quanto tali, pretendono la confluenza di competenze e di determinazioni di ordine politico ed amministrativo, in un inestricabile intreccio di implicazioni e di condizionamenti reciproci: in tale fluttuazione appare invero poco utile qualsiasi tentativo di individuare una precisa linea di demarcazione che non intenda limitarsi alla individuazione di invero incerte e precarie prevalenze.

L'oggetto centrale dell'indagine si sposta infatti dall'atto al rapporto, da un elemento statico, nel quale risulta meno arduo pervenire all'individuazione della natura della funzione (almeno prevalente) che lo esprime, ad un elemento dinamico o meglio ad un processo nel quale l'alternarsi di fattori di diversa natura, politica ed amministrativa, è pressoché costante ed i relativi poteri si pongono su di un piano di necessaria continuità dialogica.

Se quella appena delineata corrisponde alla realtà dell'esercizio del potere pubblico, occorrerebbe allora chiedersi come debba atteggiarsi siffatta continuità per risultare coerente con i vigenti principi di organizzazione pubblica.

Sebbene siffatta analisi non possa rinvenire in questa sede adeguata trattazione, pur tuttavia alcuni spunti di riflessione, a carattere assolutamente asistematico, vanno proposti.

Innanzitutto quella continuità tra potere politico ed amministrativo ormai pienamente legittimata dall'ordinamento non può comunque esprimersi in termini di contiguità, pena la violazione dei già richiamati principi costituzionali. Il criterio di fiducia che connota la relazione tra organi politici ed amministrativi e che consente ai primi di scegliere o rimuovere i secondi deve essere un fattore oggettivamente riconoscibile e persino sindacabile sul piano giudiziario. La fiducia, in senso gius-pubblicistico, insomma è un fattore che deve necessariamente fondarsi su elementi la cui presenza siano in grado di giustificarla e siffatti elementi devono risultare coerenti e connaturali rispetto alla responsabilità che un organo politico intenda affidare ad un responsabile amministrativo. La recentissima riforma della L. 241 del 1990 ha inserito anche il criterio di imparzialità tra i principi generali dell'attività amministrativa: non che ve ne fosse un'esigenza particolare, stanti i ben noti principi di cui all'art. 97 Cost., ma l'accadimento costituisce espressione di un'esigenza ineludibile persino in un periodo di diffusione, anche nell'ordinamento nazionale, di forme di *spoils-system*. I criteri posti a monte e a valle delle scelte fiduciarie devono essere sindacabili da parte del giudice amministrativo per garantire la necessaria coerenza tra profilo organizzativo e profilo funzionale della p.a., tra indirizzo politico e attività amministrativa; in caso contrario, le logiche di efficienza, di efficacia, di trasparenza, di imparzialità, ecc. dell'agire pubblico, pur assurte tutte a rango normativo primario (persino costituzionale), non possono che restare stanchi quanto vuoti *refrain* di riferimento o forme di evocazione intellettualistica.

A rendere più coerente e sano il rapporto tra politica e amministrazione

potrebbero contribuire alcune misure quali la (ri)pubblicizzazione della dirigenza della p.a.; la fissazione, da parte degli organi politici, di obiettivi amministrativi certi e retti da adeguata disponibilità di risorse necessarie; una più realistica e diffusa responsabilità di risultato dei dirigenti, il cui operato va sottoposto alla verifica di organismi terzi, non di nomina degli stessi organi politici; l'accesso alla dirigenza solo mediante il superamento di concorsi pubblici, previo espletamento di appositi corsi e prove attitudinali a contenuto non meramente giuridico; l'assegnazione nuovamente al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di dirigenza della p.a., in quanto egli è il solo in grado di sindacare il potere pubblico avendone cultura, tradizione e oggi anche strumentario processuale adeguato.

4. *Linee di tendenza del rapporto politica-amministrazione nella recente "riforma Brunetta"*

Alla luce delle argomentazioni occorre a questo punto verificare come l'ordinamento si stia orientando nella recente riforma promossa dal Ministro Brunetta.

Con la legge 4 marzo 2009, n. 15, il Parlamento conferiva al Governo un'ampia delega finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. In particolare – per quanto maggiormente rileva in questa sede – il Governo veniva delegato ad adottare uno o più decreti legislativi con i quali: modificare ed integrare la disciplina del sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche; introdurre nell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa; modificare la disciplina della dirigenza pubblica; modificare la disciplina delle sanzioni disciplinari e della responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

La delega ha, poi, trovato attuazione con l'emanazione del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

L'obiettivo principale della riforma era quello di migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, attraverso la valorizzazione del merito e la definizione di un sistema più rigoroso delle responsabilità, il tutto attraverso una necessaria rivisitazione del ruolo dirigenziale (specialmente di carattere apicale) e del suo rapporto con l'organo politico.

Alla luce delle recenti disposizioni, spetta agli organi politici predisporre, in via preventiva, gli obiettivi annuali dell'amministrazione e rilevare, in via consuntiva, quanta parte di essi sia stata effettivamente conseguita (art. 4, co. 2, lett. b, l. n. 15/2009).

L'indirizzo politico si sostanzia nei seguenti atti: a) direttive generali contenenti gli indirizzi strategici; b) piano annuale, redatto d'intesa con la dirigenza,

relativo alla *performance* in coerenza con obiettivi e risorse, nonché Relazione annuale sulla *performance*, di carattere consuntivo; c) verifica del conseguimento degli obiettivi strategici; d) definizione di un programma triennale per la trasparenza (art. 15, d.lgs. n. 150/2009).

La riforma sancisce la piena autonomia del dirigente di più elevato livello nel valutare le prestazioni (art. 4, co. 2, lett. e ed art. 5, l. n. 15/2009) dei suoi collaboratori, equiparandolo ad un vero e proprio datore di lavoro pubblico. A tale potere si ricollega una specifica responsabilità nel caso di omessa vigilanza sulla effettiva produttività delle risorse umane assegnate e sull'efficienza della relativa struttura. All'esito dell'accertamento della predetta responsabilità, scatta il divieto di corresponsione del trattamento economico accessorio. In ordine a tale ultimo aspetto è prevista la ridefinizione della retribuzione dei dirigenti legata al risultato, che non dovrà essere inferiore al 30% della retribuzione complessiva.

In tale prospettiva, sia la legge delega che il relativo decreto attuativo puntano a “*rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo*” (art. 6 della l. n. 15 del 2009).

Il ricorso al termine “rafforzare” evidentemente indica la consapevolezza della preesistenza del principio di separazione tra politica e amministrazione, ma esprime altresì la necessità di più adeguati strumenti attuativi.

Ebbene, appare evidente che delineare con maggiore specificità i ruoli e le funzioni proprie dell'organo politico e di quello amministrativo, nonché attribuire a quest'ultimo un più ampio margine di autonomia decisionale (e, consequenzialmente, di responsabilità) non è sufficiente a fornire maggiore coerenza al rapporto tra politica e amministrazione, nella misura in cui non viene risolto il vero fattore critico rappresentato dalle modalità di valutazione dell'operato della dirigenza.

Al riguardo, il d.lgs. n. 150/2009 prevede innanzitutto la costituzione, a livello nazionale, di una Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, quale organo indipendente avente il compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio delle funzioni di valutazione, fornendo alle singole amministrazioni (non è dato sapere con che grado di vincolatività) i criteri ed i modelli valutativi di riferimento (art. 13, d.lgs. n. 150/2009)⁵⁴. Ciascuna amministrazione è, poi, chiamata a dotarsi di un orga-

⁵⁴ La Commissione è composta da cinque membri – nominati con d.P.R., su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione – scelti tra esperti in management, misurazione della performance, gestione e valutazione del personale, e opera in posizione di indipendenza ma in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri e con il Ministero dell'economia e delle finanze.

nismo indipendente di valutazione della performance – in sostituzione dei servizi di controllo interno – a cui è affidato il mero monitoraggio del sistema valutativo in coerenza con quanto disposto dalla Commissione centrale. A tale organo non compete invece la funzione di verifica e valutazione dell'operato degli organi dirigenziali. Ai sensi dell'art. 14, co. 4, lett. e) del d.lgs. n. 150/2009, infatti, l'organismo di valutazione si limita a "proporre all'organo di indirizzo politico-amministrativo la valutazione annuale dei dirigenti di vertice". A tanto si aggiunga come lo stesso carattere di indipendenza di suddetto organismo sembri più formale che reale, se solo si considera che i suoi membri sono nominati proprio dall'organo di indirizzo politico (art. 14, co. 3).

Insomma con il nuovo sistema si è introdotto un "filtro", individuandosi un soggetto (apparentemente) indipendente cui affidare la redazione di una sorta di istruttoria, senza tuttavia modificare l'assetto della titolarità della funzione di valutazione della dirigenza apicale, ancora rimessa all'organo politico.

Si tratta, sotto il profilo esaminato, di una "riforma monca", nella misura in cui la facoltà del soggetto politico di discostarsi dalla proposta valutativa presentata dall'organismo di valutazione lascia immutato il previgente assetto di sostanziale "sudditanza" del dirigente nei confronti dell'organo politico.

Con favore devono, invece, essere salutate le novità introdotte dalla riforma in ordine al regime dei criteri di conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali, in merito ai quali è previsto un adeguamento della relativa disciplina ai principi di trasparenza e pubblicità, in particolare, *"escludendo la conferma dell'incarico dirigenziale ricoperto in caso di mancato raggiungimento dei risultati"* (art. 6, co. 2, lett. h), l. n. 15/2009; art. 40, l. n. 150/2009). Si osservi come – del tutto condivisibilmente – la normativa si preoccupi di specificare che la valutazione circa il raggiungimento o meno dei risultati prefissati da parte del singolo dirigente debba avvenire sulla base di criteri e obiettivi preventivamente ed analiticamente indicati al momento del conferimento dell'incarico, con ciò, evidentemente, aprendo la strada alla eventuale sindacabilità delle scelte (conferma o revoca) operate dagli organi politici.

Positiva appare, altresì, la novità introdotta in materia di accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia: ai sensi dell'art. 47 del d.lgs. n. 150/2009, vengono stabilite nuove procedure di accesso nelle amministrazioni statali e negli enti pubblici non economici, prevedendo, in particolare, un concorso per titoli ed esami per la copertura del cinquanta per cento dei posti disponibili annualmente, ciò al chiaro fine di permettere il raggiungimento delle posizioni apicali ai soli soggetti che dimostrano di averne i requisiti.

**THE EVOLUTION OF THE RELATIONSHIP
BETWEEN POLITICS AND ADMINISTRATION,
BETWEEN NEEDS OF CONTINUITY AND TEMPTATIONS OF CONTIGUITY**

by Mario R. Spasiano

Abstract

This paper takes as its starting point the analysis of the evolution of the relationship between politics and administrative activity in Italy: since Cavour's model – which recognized to the Minister (political organ) also the role of chief of administration – through the seventies reforms with the public management institution, until the present situation where we have a separation (at least on the face of it) between direction duty (politics) and management duty (administration). The author points out how, in this context, the conviction that administrative efficiency requires the establishment of a strong trust relationship between political organs and management has emerged, with the consequence that – in absence of objective criteria – the management valuation is only based on the trust principle, in fact unquestionable. The paper draws attention to the typical characteristics of political and administrative activities, from which the obsolescence of the traditional model founded on the complete separation between the two functions results: hence, the author concludes proposing a dialogic relationship, based on continuity, between politics and administration, paying attention not to convert it in contiguity. To this end the trust principle, which characterizes the relationship between political organs and management, has to be considered an element objectively valuable, even in judicial terms. In the end, the work analyses the most relevant novelties resulting from the recent public administration reform (d.lgs. n. 150/2009), focusing on the positive and negative aspects about politics and administration relationship.

La responsabilità dell'amministrazione per omessa vigilanza sull'attività urbanistico edilizia

di Maria Cristina Cavallaro

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema. - 2. Vigilanza sull'attività urbanistico edilizia e tutela dei privati. - 3. La responsabilità per omessa vigilanza. - 4. La responsabilità nei confronti dei terzi controinteressati. - 5. La diversa posizione dei terzi estranei: un'ipotesi ricostruttiva.

1. *Inquadramento del tema*

La funzione della vigilanza sull'attività urbanistico edilizia è disciplinata dall'art. 27 comma 1 del T.U. sull'edilizia, ai sensi del quale il dirigente «o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi». La norma, che il T. U. sull'edilizia si limita a riprodurre, era già prevista nella legge urbanistica del 1942, ma nella sua odierna formulazione è stata introdotta dalla l. n. 47 del 1985 (la quale tuttavia assegnava il potere di vigilanza al Sindaco: il passaggio della competenza al dirigente è avvenuto con l'art. 51 della legge 142 del 1990, poi confluito nell'attuale art. 107 del d. lgs. 267 del 2001).

La disposizione in esame delinea un potere di vigilanza, che l'amministrazione comunale è tenuta a svolgere sull'attività edilizia dei privati, non riconducibile alla tradizionale nozione di vigilanza, la quale rimanda ad una relazione di tipo organizzatorio all'interno della quale un soggetto pubblico (per lo più lo Stato) "vigila" sull'attività svolta dai propri organi o da altri soggetti pubblici. La vigilanza, secondo tale accezione, ha un ruolo strumentale rispetto ad altri rapporti organizzatori (quali la gerarchia o la direzione) e si estrinseca in un controllo di legittimità che conduce all'annullamento dell'atto, o nell'esercizio di un potere sostitutivo, ovvero nell'esercizio di un potere di inchiesta e di ispezione.

La funzione di cui all'art. 27 del T.U. sull'edilizia non è nemmeno riconducibile alla accezione più moderna della funzione di vigilanza, che la inquadra

come funzione riferita a specifici settori dell'amministrazione: è il caso della vigilanza sul settore bancario o delle assicurazioni, rispettivamente svolto dalla Banca d'Italia e dall'Isvap. La nozione così intesa apre ad una funzione autonoma della vigilanza medesima, che consiste in «un meccanismo di intervento dell'autorità sovraordinata correlato all'interesse che riguarda il momento della costituzione e del raccordo dei fini pubblici per consentirne una visione integrata»¹. Si potrebbe cioè rilevare come la vigilanza, oggi, sia una funzione che l'ordinamento assegna a soggetti estranei all'apparato statale, ad esempio le autorità amministrative indipendenti (come nel caso della Banca d'Italia e dell'Isvap, nonché della Consob o dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici), al fine di verificare che l'attività svolta dai privati nell'ambito di diversi e delicati settori amministrativi, ma anche e soprattutto dell'economia e del mercato, sia comunque funzionale alla garanzia di un dato interesse pubblico².

La vigilanza in sede edilizia rinvia, invece, alla nozione di controllo: non un controllo preventivo, da svolgersi in sede di rilascio del permesso di costruire, se non altro, perché la stessa disposizione richiede che l'attività edilizia sia conforme, oltre che alla normativa esistente e agli strumenti urbanistici, anche «alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi». Dunque, un controllo successivo sulle modalità di esecuzione della attività edilizia, che si compone, secondo la tradizionale nozione di controllo, di due momenti fondamentali³: il primo consta di un *giudizio*, cioè una verifica della stessa attività, per accertarne la conformità alle regole edilizie; il secondo si manifesta nell'adozione della conseguente *misura* che, nel caso in cui il giudizio accerti la difformità dell'opera dalle regole edilizie, ha natura per lo più repressiva, in quanto è finalizzata a garantire per tempo il ripristino dell'assetto urbanistico⁴.

A conferma di quanto qui sostenuto, si legge nella giurisprudenza amministrativa che «l'art. 27 del DPR n. 380/2001, alterando profondamente il normale

¹ S. VALENTINI, *Vigilanza (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1993. Per un compiuto inquadramento della funzione di vigilanza si rinvia a L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova 1984. Si veda altresì M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.* Roma 1993.

² Sui poteri delle amministrazioni vigilanti, che secondo la dottrina sono poteri c.d. impliciti, si rinvia a G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.* 2007, 703.

³ La nozione di controllo qui accolta si deve a M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, p. 321, il quale tuttavia colloca la misura repressiva conseguente alla vigilanza sulla attività edilizia (cioè l'ordine di demolizione) tra i procedimenti sanzionatori esecutivi, destinati «non tanto a punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione», p. 1254.

⁴ In realtà, com'è noto, la misura varia a seconda dell'entità della violazione, sicché si può andare dalla sanzione pecuniaria, ove l'abuso sia di lieve entità, all'ordine di demolizione nei casi di radicale difformità dalle regole edilizie. Su tali questioni si veda F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova 2008; nonché R. URSI, *Vigilanza sull'attività urbanistico edilizia. Commento all'art. 27*, in M.A. SANDULLI (a cura di), T. U. sull'edilizia, coordinato da M. R. Spasiano, Milano 2004, p. 330, anche per la bibliografia *ivi* richiamata.

iter procedimentale previsto per l'irrogazione delle sanzioni edilizie, consente alla PA di agire prontamente per la repressione dell'abuso, disponendo direttamente la demolizione delle opere realizzate senza titolo "su aree assoggettate da leggi statali, regionali o da altre norme a vincoli di inedificabilità assoluta nonché alla tutela di cui alle leggi 1.6.1939 n. 1089 e 29.6.1939 n. 1497 e successive modifiche ed integrazioni". Tale ordine demolitorio deve seguire automaticamente all'accertamento dell'illecito, senza la necessità della preventiva notifica della diffida a demolire e senza alcun margine per valutazioni discrezionali, al fine di impedire che il trascorrere del tempo determini il consolidarsi di situazioni soggettive che potrebbero impedire l'applicazione della sanzione ripristinatoria, tesa si ripete a reintegrare con immediatezza e tempestività il bene protetto pregiudicato dall'abusivo intervento edilizio⁵.

La vigilanza sull'attività urbanistico edilizia dei privati è pertanto funzionale a verificare la corretta utilizzazione del territorio e a reprimere gli abusi edilizi, per assicurare un assetto urbanistico conforme alla disciplina normativa, ordinaria e regolamentare, nonché alla pianificazione generale e speciale e al titolo abilitativo⁶. La conformazione della proprietà privata è cioè funzionale a garantire l'interesse di un'intera comunità al regolare assetto del territorio⁷.

Lo scopo delle riflessioni che seguono è quello di accertare se l'omissione della pubblica amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza esponga la stessa amministrazione alla tutela risarcitoria nei confronti dei privati che dall'omissione abbiano subito un pregiudizio.

2. *Vigilanza sull'attività urbanistico edilizia e tutela dei privati*

La funzione di vigilanza svolta dai vertici della gestione amministrativa dell'ente locale tende ad accertare che l'attività edilizia dei privati avvenga in presenza di un titolo abilitativo e che sia ad esso conforme. Si tratta di una funzione complessa e di cruciale importanza, rispetto alla quale la dottrina ha evidenziato «la inidoneità del Comune» al suo svolgimento, «sia per la vicinanza dei suoi

⁵ Così, Tar Campania, Napoli, sez. III, 23 gennaio 2009, n. 315.

⁶ Sulla nozione di urbanistica e sui rapporti tra legislazione statale e regionale si veda P. STELLA RICHTER, *Legge urbanistica: pro memoria per il legislatore*, in *Giust. civ.* 2000, 311; con particolare riguardo alla disciplina dei piani, si segnala dello stesso A., *Costituzione nuova e problemi urbanistici vecchi*, in *Dir. Amm.* 2001, 387. Si veda altresì M.A. SANDULLI, *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. amm.* 2003, 507.

⁷ Sul tema la bibliografia è assai vasta, sicché si rinvia per taluni spunti interessanti a P. URBANI, *Il tema del contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, www.giustamm.it; nonché a F. SALVIA, *Garanzie delle norme e garanzie del sistema: il caso della proprietà*, in *Dir. Amm.* 2007, 47.

organi agli interessi privati coinvolti, sia per l'insufficienza della relativa organizzazione», più evidente soprattutto nei Comuni di dimensioni più piccole. E come è stato osservato, il ripristino dei luoghi non è operazione semplice e di immediata realizzazione, poiché comporta lo svolgimento di una gara per l'attribuzione del relativo incarico ad un'impresa privata «spesso neppure facilmente reperibile per un lavoro delicato e ingrato». Per questo la soluzione avanzata è quella di istituire un soggetto nuovo al quale assegnare il compito di affiancare il Comune nella funzione di vigilanza sull'attività edilizia dei privati, ma soprattutto di curare «l'attività di esecuzione delle ordinanze di ripristino»⁸.

La condotta sulla quale l'amministrazione deve vigilare è quella del privato che intende edificare, tenendo a tal fine distinta l'ipotesi in cui sia stato richiesto un permesso di costruire (ovvero si tratti di attività assentita con DIA), ma il privato non si conformi alle modalità esecutive del titolo abilitativo, dal caso in cui manchi in radice una richiesta di permesso e l'attività svolta sia integralmente abusiva.

È evidente che in entrambi i casi, gli interessi di altri soggetti possono essere in qualche misura coinvolti, o incisi, dall'edificazione medesima. Al riguardo, occorre differenziare la posizione del terzo che rimane *estraneo* a tale attività edilizia, in quanto portatore di un interesse di mero fatto al regolare assetto del territorio, dall'interesse del terzo titolare di una situazione giuridica rilevante in quanto *controinteressato* nel procedimento di rilascio del permesso di costruire.

Non v'è dubbio che il terzo proprietario di un fondo limitrofo a quello del privato che intende edificare (nonché il soggetto che pur non essendo proprietario dimori stabilmente nelle vicinanze del fondo ove si intende edificare) debba essere qualificato come controinteressato nel procedimento di rilascio del relativo permesso di costruire⁹. La legge, infatti, gli assicura, in primo luogo, il diritto a ricevere la comunicazione di avvio del procedimento; in quanto controinteressato egli potrà, poi, intervenire nel procedimento presentando memorie e documenti, ovvero mediante accesso agli atti; infine, gli è assicurato il potere di impugnare il provvedimento illegittimamente rilasciato¹⁰.

In quanto controinteressato, egli potrà poi sollecitare l'amministrazione comunale a vigilare sull'opera che il destinatario del permesso di costruire ha realizzato, ove questa appaia difforme da quanto prescritto nel titolo abilitativo. E non v'è dubbio che la qualifica di controinteressato deve assicurargli una tutela giuridica anche nel caso in cui venga realizzato, sul fondo contiguo a

⁸ Così P. STELLA RICHTER, *Costituzione nuova e problemi urbanistici vecchi*, cit.

⁹ Sulla piena equiparazione tra le due categorie di soggetti, entrambe qualificate come controinteressati, la giurisprudenza concorda da tempo: sul punto cfr. F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, cit.

¹⁰ F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, cit.

quello di sua proprietà o dove dimora stabilmente, un manufatto integralmente abusivo. In tal caso l'omessa vigilanza dell'amministrazione locale è radicale, mentre nel primo caso l'omissione riguarda solo la mancata verifica della conformità dell'opera realizzata rispetto al titolo abilitativo rilasciato; entrambe le ipotesi sono comunque riconducibili all'art. 27 del T.U. sull'edilizia e in entrambi i casi al controinteressato deve essere riconosciuto il potere di denunciare il pregiudizio patito.

Più difficile, anche se si tratta di una posizione giuridicamente identica alla precedente, è assicurare tutela e garanzia al terzo controinteressato, nel caso in cui l'attività edilizia debba essere assentita con DIA e, al riguardo, va sottolineato come proprio il settore dell'urbanistica e dell'edilizia sia stato interessato da un sensibile aumento del novero di attività che possono essere avviate su semplice denuncia, nell'ottica di assicurare anche nel settore in esame quell'esigenza di semplificazione, nonché di liberalizzazione, dei rapporti tra amministrazione e cittadino¹¹. Ma, com'è noto, lo svolgimento di un procedimento finalizzato alla adozione di un permesso di costruire assicura al terzo controinteressato una serie di garanzie partecipative, che gli sono precluse nel caso di denuncia inizio di attività¹².

Senza addentrarsi, per esigenze di brevità, nel dibattito sulla natura giuridica della DIA¹³, deve tuttavia rilevarsi che la riduzione delle garanzie partecipative può essere bilanciata da una accentuazione del dovere di vigilanza che incombe sull'amministrazione. La quale, nel lasso di tempo che segue la presentazione

¹¹ In argomento si veda V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Riv. Giur. Ed.* 2006, 207, anche per l'ampia bibliografia *ivi* riportata.

¹² Su tale delicata questione si rinvia a A. TRAVI, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. Proc. Amm.* 2002, 16; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2003, 1024; M.A. SANDULLI, *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, cit. In giurisprudenza cfr. Tar Toscana – Firenze, Sez. III 18 settembre 2009 n. 1456 che ammette il potere del terzo controinteressato di impugnare una DIA; si veda altresì Cons. Stato sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, che invece riconosce al terzo controinteressato, in caso di attività edilizia assentita con DIA, una «azione di accertamento autonomo che lo stesso può esperire innanzi al giudice amministrativo per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio di attività». Trattasi, inoltre, secondo la sezione, di «azione di accertamento che deve proporsi nel termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dal momento in cui il terzo è venuto a conoscenza della d.i.a.»: v. F. VETRÒ, *Il Consiglio di Stato fa il punto sulla natura giuridica della Dia (Nota a margine di Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 717)*, in *www.giustamm.it*.

¹³ In argomento, si veda W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino 2008, anche per la bibliografia *ivi* richiamata; cfr. inoltre C. CELONE, *La "denuncia di inizio attività" per l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica. Alcune postille sul regime speciale e generale della c.d. dia*, in *Nuove aut.* 2008, 713; per ciò che attiene la DIA in materia edilizia si veda F. LIGUORI, *La dichiarazione di inizio dell'attività edilizia. Le complicazioni di una liberalizzazione*, in *www.giustamm.it*, A. BIANCHI, *Denuncia di inizio attività in materia edilizia e tutela giurisdizionale del terzo*, in *Riv. Giur. Ed.* 2007, 197.

della denuncia di inizio attività e della successiva comunicazione, ha il potere-dovere di verificare la conformità tra quanto dichiarato dal privato e quanto previsto dalla normativa esistente e dagli strumenti urbanistici. Ma la stessa amministrazione è tenuta a vigilare sull'intrapresa attività del privato, ai sensi del più volte richiamato art. 27 del T.U. edilizia, al fine di accertare che la stessa avvenga in conformità di quanto contenuto nella denuncia.

In tal modo la posizione del terzo può ugualmente essere garantita: l'assenza di un'istruttoria procedimentale ove il terzo possa anticipare le proprie esigenze di tutela viene cioè compensata dal dovere dell'amministrazione di verificare, da un lato, la sussistenza dei presupposti richiesti dalla normativa vigente per la corretta formazione della DIA, dall'altro, la conformità dell'attività edilizia iniziata con quanto denunciato. Con la conseguenza che l'omissione di tale verifica può essere ricondotta ad una omessa vigilanza di cui all'art. 27 del T.U. sull'edilizia.

In ogni caso, anche nell'ipotesi in cui il privato non abbia formalizzato alcuna denuncia di inizio di attività e dunque abbia realizzato un'opera radicalmente abusiva, al terzo controinteressato nel procedimento di DIA (che non si è mai avviato) deve ugualmente (cioè al pari del controinteressato nel procedimento per il rilascio del permesso di costruire) essere assicurato il potere di segnalare l'abuso edilizio per sollecitare l'amministrazione ad adottare le misure conseguenti. Ed invero, anche se in punto di fatto la posizione del terzo nel procedimento di DIA è più difficile da garantire rispetto a quella del terzo in un procedimento volto al rilascio di un provvedimento espresso, non v'è dubbio che in punto di diritto la posizione dei soggetti in esame è identica.

Diversa è invece la posizione del terzo titolare di un interesse di mero fatto, sia esso singolo cittadino ovvero associazione o comitato portatore di interesse diffuso¹⁴. La legge assicura a questi soggetti la partecipazione procedimentale a titolo di interventori, c.d. facoltativi, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 241 del 1990, sicché possono prender parte al procedimento per il rilascio del permesso di costruire, sia attraverso la presentazione di memorie e documenti, sia attraverso la richiesta di accesso agli atti¹⁵. Si tratta, inoltre di soggetti legittimati a sollecita-

¹⁴ In argomento la bibliografia è vasta: per un inquadramento generale della questione, si veda R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, 481; R. ROTA, *Gli interessi diffusi nell'azione della pubblica amministrazione*, Milano 1998; M. CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano 1992; si veda inoltre P. DELL'ANNO, *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Ed.* 2005, 957.

¹⁵ In tema di diritto di accesso la bibliografia è sterminata. Si veda, pertanto, a titolo meramente esemplificativo A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.* 2005, 495; si è sottolineato inoltre come sia preferibile parlare di pluralità di discipline in tema di diritto d'accesso: M. OCCHIANA, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, II, 905. Al riguardo deve ricordarsi la speciale disciplina in tema di diritto di accesso alle informazioni ambientali, oggetto di recente riforma: V. VITIELLO, *Il diritto di accesso agli atti in materia ambientale alla luce del D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 195*, in *Riv. Giur. Amb.* 2005, 1055; M. CIAMMOLA, *Il diritto di*

re l'esercizio della funzione di vigilanza da parte dell'amministrazione comunale, presentando relativa denuncia nel caso in cui sospettino che una data attività edilizia sia abusiva.

È dubbio tuttavia che la partecipazione procedimentale possa poi assicurare una legittimazione processuale all'impugnazione del provvedimento illegittimo¹⁶;

accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del ministero dell'ambiente al d. lg. n. 195 del 2005, in Foro amm. CDS 2007, 657; nonché S. DELIPERI, Diritto all'informazione ambientale, un importante strumento per la difesa dell'ambiente, in Riv. giur. Amb. 2007, 594, anche se è da verificare che l'abuso edilizio possa essere qualificato come "informazione ambientale", per consentire l'applicazione dello stesso d. lgs. n. 195/05.

¹⁶ La questione è assai delicata. Ai sensi dell'art. 18, comma 5, della l. 8 luglio 1986, n. 349 (unico comma dell'art. 18 che è stato mantenuto in vita dal d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che ha riformato il Codice dell'ambiente) le associazioni ambientaliste «possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi». Sul punto, l'orientamento espresso dalla giurisprudenza, sia pure molto sommariamente, può essere distinto in due filoni principali: il primo, di tipo soggettivo, «che tende a sottolineare le caratteristiche ontologiche dell'associazione, il suo grado di rappresentatività a livello territoriale, le finalità della sua attività; l'altro, di matrice oggettiva, volto ad accertare l'effetto del provvedimento sulla tematiche ambientali» (M. POTO, *Un semplice Comitato di cittadini nulla può avverso la decisione di costruire una discarica*, in *Resp. Civ. e Prev.* 2007, 1343). Così si registra una maggiore apertura di alcuni Tar nell'ammettere la legittimazione processuale di tali associazioni per l'annullamento di atti illegittimi, poiché «l'ampia dizione normativa, che fa riferimento ad atti illegittimi in genere, esclude che la legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste possa limitarsi agli atti aventi un immediato e concreto impatto sul bene ambientale (così Tar Salerno Campania sez. I, 12 febbraio 2007, n. 125). Mentre il Consiglio di Stato ha assunto un atteggiamento più prudente, volto a limitare l'ambito della disposizione in esame, tale per cui «il combinato disposto degli art. 13 e 18 l. 8 luglio 1986 n. 349 (che conferisce la legittimazione ad agire nella materia ambientale alle associazioni ambientaliste riconosciute con decreto del Ministro dell'ambiente), deve essere inteso come attributivo di una legittimazione eccezionale in quanto essa deroga all'ordinario processo di giuridicizzazione degli interessi di fatto in interessi legittimi che va peraltro delimitata in relazione alla qualificazione dell'interesse sostanziale fornita dalle norme di legge» (Cons. Stato sez. IV, 9 novembre 2004 n. 7246). In ogni caso, è pressoché unanime l'orientamento secondo cui «la speciale legittimazione delle associazioni ambientaliste a intervenire nei giudizi per il danno ambientale e a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi, ex art. 18 l. n. 349 del 1986, riguarda l'associazione nazionale formalmente riconosciuta e non le sue strutture territoriali, che sono prive di autonoma legittimazione processuale, anche per l'impugnazione di un provvedimento ad efficacia territorialmente limitata (Cons. Stato sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2151). Nonché la precisazione in forza della quale «il riconoscimento della legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste ai sensi degli art. 13 e 18 l. n. 349 del 1986 non esclude il potere del giudice di accertare caso per caso la sussistenza della legittimazione della singola associazione». (Tar Ancona Marche 22 febbraio 2002, n. 184). Un recente chiarimento sulla delicata questione che s'è tentato di sintetizzare è contenuto in TAR Firenze Toscana, sez. II, 6 ottobre 2009, n. 1505. In dottrina cfr. *ex multis* A. MAESTRONI, *I recenti orientamenti dei giudici amministrativi sulla partecipazione al procedimento amministrativo e sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. Giur. Amb.* 2001, 307; M. CALABRÒ, *Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Foro amm. TAR* 2003, 412. Sulla posizione dei comitati e sulla loro legittimazione processuale cfr. di recente M. POTO, *Un semplice Comitato di cittadini nulla può avverso la decisione di costruire una discarica*, cit.

così come dubbia appare la configurazione di una conseguente responsabilità dell'amministrazione che abbia omesso di vigilare sull'attività edilizia, anche nel caso in cui i soggetti in discorso abbiano sollecitato l'intervento della stessa amministrazione a vigilare sui sospetti abusi edilizi.

La differenziazione tra soggetti estranei all'attività edilizia dei privati e terzi controinteressati, ai fini della responsabilità da omessa vigilanza della pubblica amministrazione, sembra emergere anche nella giurisprudenza amministrativa. Secondo il Consiglio di Stato, «in materia edilizia l'obbligo del Comune di provvedere sulle richieste dei cittadini non sussiste soltanto nel caso in cui essi chiedano un atto positivo in loro favore (concessione, autorizzazione ecc.), ma anche quando chiedano l'eliminazione di abusi edilizi o, comunque, il rispetto della normativa edilizia o di piani convenzionati, *allorché abbiano a trovarsi in un rapporto diretto (proprietà o stabile dimora) con l'area sulla quale si realizza l'intervento*»: in tal caso, prosegue il giudice amministrativo, si tratta di soggetti titolari «di una posizione giuridicamente qualificata, e differenziata da quella degli altri privati cittadini, consistente nell'interesse legittimo al rispetto della normativa edilizia da parte degli autori dell'opera», e dunque legittimati «a sollecitare l'esercizio dei ricordati poteri di vigilanza del Comune sull'esecuzione delle opere denunciate»¹⁷.

Il giudice amministrativo, cioè, tende a riconoscere il dovere dell'amministrazione di dare seguito alle denunce di abusi edilizi solo e nella misura in cui tali denunce provengano da soggetti che si trovino «in un rapporto diretto (proprietà o stabile dimora) con l'area sulla quale si realizza l'intervento»: cioè i controinteressati. Solo in tal caso, infatti, si può parlare di soggetti titolari di una situazione giuridica rilevante e differenziata rispetto a quella di altri privati cittadini, situazione giuridica che nella ricostruzione prospettata consiste «nell'interesse legittimo al rispetto della normativa edilizia da parte degli autori dell'opera».

Si tratta di accertare se il comportamento inerte dell'amministrazione che omette di vigilare sulle denunce inoltrate dai soggetti di cui sopra, esponga la stessa amministrazione ad una responsabilità per i danni eventualmente prodotti.

La questione necessita di una adeguata ricognizione degli elementi costitutivi dell'illecito dell'amministrazione per omessa vigilanza, al fine di verificare quando e nei confronti di chi l'amministrazione è tenuta a ristorare il pregiudizio arrecato.

3. *La responsabilità per omessa vigilanza*

La prima questione da valutare riguarda la rilevanza della omissione, nel senso che una condotta omissiva può generare responsabilità da fatto illecito, in capo ad un dato soggetto, se questi ha l'obbligo giuridico di porre in essere la

¹⁷ Così Cons. Stato sez. V, 19 febbraio 2004, n. 677.

condotta medesima. Se l'art. 27 del T.U. sull'edilizia dispone che il dirigente *deve* vigilare sull'attività edilizia dei privati, è indubbio che l'omissione di tale condotta sia giuridicamente rilevante. Ma non è di per sé idonea a fondare una responsabilità in capo all'amministrazione e ciò in quanto occorre valutare altre due condizioni necessarie, ai fini della corretta definizione della antigiusdizionalità della condotta.

Occorre cioè verificare qual è il contenuto della funzione di vigilanza, per potere stabilire in cosa, per converso, consiste la relativa omissione; e verificare altresì l'interesse pubblico tutelato dalla funzione di vigilanza, per stabilire nei confronti di quali soggetti può e deve rispondere l'amministrazione.

La funzione di vigilanza, come disciplinata dall'art. 27 e ss. del T.U. sull'edilizia, non si esaurisce cioè nel monitoraggio sull'attività edilizia dei privati, ma comprende altresì la repressione dell'abuso che venga eventualmente riscontrato. Interpretazione, questa, che è intimamente connessa con l'individuazione di quello che può essere qualificato come il fine ultimo che l'esercizio della vigilanza tende a garantire. In particolare, il bene giuridico che la norma intende tutelare.

In altre parole, l'art. 27 del T.U. sull'edilizia dispone che la vigilanza «sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale» è finalizzata ad «assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi»: sicché il fine della disposizione è quello di assicurare il corretto uso del territorio da parte dei privati; e la repressione dell'abuso, attraverso la demolizione, consente il ripristino della situazione preesistente. La funzione di vigilanza non si esaurisce cioè, secondo chi scrive, nella verifica della conformità dell'attività edilizia dei privati alla normativa edilizia, ma si compone necessariamente anche di un momento repressivo, perché solo l'esercizio del connesso potere sanzionatorio può assicurare la «rispondenza» di quella attività urbanistica alla disciplina che regola l'assetto del territorio.

Ciò vuol dire, da un lato, che l'omissione della vigilanza rileva avuto riguardo alla funzione nel suo complesso, sicché rileva l'omissione della verifica iniziale connessa al potere di vigilanza, ma rileva altresì il protrarsi di tale omissione, anche dopo le opportune segnalazioni, senza che venga adottata la conseguente misura sanzionatoria. Ma dall'altro lato, si deve osservare che, se il bene giuridico che la funzione di vigilanza tende a garantire è il corretto uso del territorio, cioè un interesse pubblico¹⁸, questo non necessariamente coincide con l'interesse del terzo controinteressato, il quale invece si sostanzia nella ga-

¹⁸ A conferma di tale ricostruzione si rinvia ancora a M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., il quale come sopra ricordato colloca la misura repressiva conseguente alla vigilanza sulla attività edilizia (cioè l'ordine di demolizione) tra i procedimenti sanzionatori esecutivi, destinati «non tanto a punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione», p. 1254.

ranza che il proprietario del fondo ad esso vicino non costruisca abusivamente. Non c'è pertanto "omessa vigilanza" se l'amministrazione, pur avendo tardato nell'accertare l'abuso, interviene poi a reprimere la condotta del privato, ordinando ad esempio la demolizione del manufatto abusivo. Ovvero, nel caso in cui il privato non provveda alla demolizione, la stessa amministrazione ne ordini l'acquisizione al patrimonio¹⁹. In quest'ultimo caso, è indubbio che il terzo proprietario del fondo limitrofo a quello nel quale insiste l'opera abusivamente realizzata subisce un pregiudizio, proprio perché l'opera non viene rimossa. Ma è altrettanto indubbio che la condotta dell'amministrazione non è antiggiuridica, sicché il pregiudizio comunque patito dal terzo non integra gli estremi del danno ingiusto²⁰.

Per chiarire. Se la funzione della vigilanza è quella di assicurare il corretto uso del territorio, tale funzione è garantita se l'amministrazione, pur intervenendo solo dopo la denuncia dell'abuso fatta dal terzo, si attiva anche con i poteri sanzionatori che la legge le consente di esercitare: poteri che non necessariamente consentono al terzo di ritornare a disporre del proprio bene, come se l'abuso non fosse stato commesso. Ma l'amministrazione non è tenuta a rispondere di ciò, perché la condotta da essa realizzata non è antiggiuridica: pur se l'omissione inizialmente c'è stata, l'amministrazione ha poi sanato la stessa omissione intervenendo a reprimere l'abuso. E, come s'è detto, la funzione di vigilanza consta di entrambi i momenti, sicché non c'è omissione nella vigilanza, se la p.a. esercita il relativo potere sanzionatorio: così, ove un'amministrazione comunale, debitamente sollecitata a vigilare su un abuso edilizio, abbia dato adeguata contezza, dopo altrettanto adeguata istruttoria, delle persistenti ragioni che giustificano «il mancato intervento repressivo-ripristinatore», non c'è spazio per l'accoglimento di un ricorso avverso il rifiuto dell'amministrazione di provvedere, proprio perché non può dirsi che l'amministrazione sia rimasta inerte²¹.

In altre parole, se il fine della funzione di vigilanza è quello di verificare il corretto uso del territorio a garanzia di quella collettività di cui l'ente locale è esponenziale, non c'è nella funzione medesima anche lo scopo di garantire la proprietà dei singoli cittadini: di quei cittadini, cioè, titolari di diritti reali (ovvero

¹⁹ Da precisare che, secondo la giurisprudenza, l'acquisizione al patrimonio può operare soltanto nei confronti del proprietario responsabile dell'abuso, non anche nel caso in cui l'abuso sia stato realizzato dal locatario o affittuario: sicché «va comunicato al proprietario dell'area, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241 del 1990, il provvedimento con cui è disposta l'acquisizione di diritto e gratuita al patrimonio comunale del terreno di sua proprietà, su cui sia stato realizzato un abuso edilizio da parte di altri, anche ai fini dell'eventuale valutazione dell'applicazione di misure diverse dall'acquisizione», Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4385. In dottrina, v. F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, cit.

²⁰ Si veda M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano 2004, in particolare p. 55 e ss.

²¹ Ancora Cons. Stato sez. V, n. 677/2004.

che dimorano stabilmente) su fondi che insistono sul territorio comunale, sia pure ove si tratti di terreni limitrofi a quelli dove si costruisce. Sicché, l'omissione della funzione di vigilanza arreca eventualmente un danno all'intera comunità locale, non al singolo proprietario. E tuttavia, non si può negare che il terzo *controinteressato* possa ricevere un pregiudizio dalla omissione dell'amministrazione. Tant'è che, secondo quanto s'è detto sinora, l'ordinamento riconosce allo stesso controinteressato il potere di denunciare l'abuso edilizio vincolando l'amministrazione a pronunciarsi. Rispetto a tale denuncia, tuttavia, s'è altresì osservato che non può dirsi inerte quell'amministrazione che provveda a sanzionare l'abuso, pur se l'esercizio del potere sanzionatorio, connesso alla vigilanza, non soddisfi l'interesse del terzo controinteressato (perché ad esempio viene irrogata una sanzione pecuniaria, ovvero viene disposta l'acquisizione del manufatto abusivo al patrimonio dell'ente).

L'interrogativo iniziale, pertanto, ritorna. E cioè: se l'eventuale denuncia fatta dal terzo controinteressato è idonea a vincolare l'amministrazione nei confronti del denunciante, obbligandola a provvedere *ex art. 2* della legge 241/90, quando e in che misura l'amministrazione risponde dei danni eventualmente arrecati nel caso in cui non si attivi per tempo? E cosa succede nel caso in cui la denuncia provenga da un terzo estraneo o da una associazione ambientalista?

La questione merita un approfondimento. In particolare, può essere utile scorrere le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza.

La Corte di Cassazione, in una nota pronuncia del 2001, ha affermato il principio della responsabilità della Consob per omessa vigilanza sui prospetti informativi delle società quotate in borsa: in particolare ha affermato il principio secondo cui l'omissione o il negligente esercizio dei poteri di vigilanza e di controllo che la Consob doveva esercitare su una società ad essa sottoposta, comporta il sorgere di responsabilità extracontrattuale a carico della Consob nei confronti di quei soggetti risparmiatori che, confidando nell'esito positivo del controllo svolto dalla Commissione incaricata, avevano poi subito un danno, cagionato dalla messa in liquidazione della società i cui titoli i risparmiatori medesimi avevano sottoscritto. La Consob, al pari di qualunque altra pubblica amministrazione (senza che, al riguardo, rilevi la natura della Consob quale Autorità amministrativa indipendente), esercita un determinato potere, che è il potere – dovere di «verificare ed assicurare la veridicità di dati e notizie che autorizzava fossero pubblicati nel prospetto [informativo]» poi sottoscritto dai risparmiatori, sicché la negligente violazione delle regole che disciplinano il potere – dovere può comportare l'obbligo del risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*²².

L'applicabilità del suddetto principio all'ipotesi che ci occupa appare dub-

²² Corte di Cassazione sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132.

bia, per una ragione fondamentale. La funzione di vigilanza della Consob è (tra l'altro) preordinata ad assicurare e garantire il risparmio di chi decide di sottoscrivere determinati titoli delle società quotate in borsa: in una successiva pronuncia, avente ad oggetto una fattispecie relativa ad una azione risarcitoria proposta dal curatore del fallimento di un agente di cambio e da un creditore ammesso al passivo fallimentare, la Corte di Cassazione ha affermato che la Consob non esercita alcun "potere" sui risparmiatori, poiché anzi sono proprio i risparmiatori quei soggetti che la stessa Consob è tenuta a tutelare, con la conseguenza che la posizione di questi ultimi nei confronti dell'Autorità di vigilanza assume la consistenza del diritto soggettivo: «diritto che – proprio perché non collegato ad alcuna relazione di potere con la p.a. – deve essere tutelato, in caso di violazione, innanzi al g.o. e ciò tanto più quando (come nel caso di specie) l'azione proposta trovi il suo fondamento in un preteso "comportamento" illecito della p.a. e sia diretta a conseguire il risarcimento dei danni subiti»²³.

In questi casi, il nesso causale tra l'omissione della funzione di vigilanza e il danno patito dai risparmiatori, che legittimamente hanno confidato sul corretto esercizio di quella funzione, è pressoché immediato, proprio perché la funzione di vigilanza che l'ordinamento assegna alla Consob è finalizzata a garantire le posizioni dei risparmiatori. Non così nel caso di omissione della funzione di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, dal momento che tale funzione, come s'è detto, è a garanzia del corretto uso del territorio e a beneficio di un'intera comunità, e non a garanzia della proprietà del singolo controinteressato.

Sempre in tempi relativamente recenti, il Tar Sicilia si è pronunciato su un'ipotesi, stavolta specifica, di responsabilità dell'amministrazione per omessa vigilanza sull'attività edilizia²⁴.

La vicenda ha ad oggetto la domanda di risarcimento danni formulata dai comproprietari di un immobile sito nel territorio di un comune della provincia di Palermo, noto per un abusivismo edilizio sul quale l'amministrazione non ha mai vigilato. I ricorrenti lamentavano il fatto che nel corso di sessanta anni la zona costiera, dove è sito l'immobile di loro proprietà, si è trasformata da «arena località balneare» in una «baraccopoli di cemento», sicché il contenuto economico della proprietà medesima, a causa dell'abusivismo edilizio su cui l'amministrazione ha omesso di vigilare, ha subito una sensibile contrazione. Il Tar, tuttavia, ha negato il risarcimento, in quanto ha riconosciuto nei ricorrenti un interesse di *mero fatto*, che non consentiva l'accesso alla tutela risarcitoria, anche per-

²³ Corte di Cassazione sez. un., 29 luglio 2005, n. 15916, annotata da W. TROISE MANGONI, *Azione risarcitoria del risparmiatore nei confronti della Consob: considerazioni attinenti alla giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.* 2007, 414. Sul riparto di giurisdizione in tema di azione nei confronti della Consob si veda altresì G. CORSO, *Diritti soggettivi e atti amministrativi nel contenzioso con le autorità indipendenti*, in *Foro Amm. TAR* 2002, 1291.

²⁴ Tar Sicilia Palermo, sez. II, n. 675 del 2003; cfr. altresì Cons. Stato sez. V n. 6531 del 2003.

ché gli stessi ricorrenti non hanno mai sollecitato l'amministrazione a vigilare. Non hanno mai, cioè, instaurato un contatto sociale qualificato con l'amministrazione, volto ad assicurare «un collegamento diretto, rilevante sul terreno risarcitorio» tra la posizione giuridica soggettiva correlata al diritto di proprietà e l'esercizio del potere: sicché lamentano il pregiudizio derivante dall'inerzia dell'amministrazione a provvedere, senza avere mai sollecitato l'amministrazione a provvedere.

4. *La responsabilità nei confronti dei terzi controinteressati*

La sentenza del Tar Sicilia offre lo spunto per tentare di ricostruire la responsabilità dell'amministrazione per omessa vigilanza sull'attività edilizia nei termini che seguono.

Come già detto, la funzione di vigilanza è preordinata ad assicurare il regolare assetto del territorio e non il diritto di proprietà del singolo; per altro verso, non si può negare che al terzo controinteressato perché proprietario di un fondo limitrofo a quello ove si costruisce abusivamente, possa derivare un pregiudizio dall'inerzia dell'amministrazione che omette di vigilare sull'attività edificatoria dei privati. E tuttavia, secondo chi scrive, laddove il terzo controinteressato solleciti l'amministrazione affinché eserciti il proprio potere di vigilanza, tale sollecitazione non ha l'effetto di generare il dovere della stessa amministrazione a provvedere (secondo quanto invece asserito dal Tar Sicilia), poiché il dovere di provvedere è contenuto nell'art. 27 del T.U. sull'edilizia: è la legge che fonda il potere amministrativo di vigilare sull'attività edilizia dei privati, non l'istanza del privato medesimo.

L'istanza del controinteressato ha tuttavia l'effetto di *funzionalizzare* l'esercizio del potere di vigilanza alla cura e alla garanzia di un interesse ulteriore rispetto a quello di carattere generale del regolare assetto del territorio: l'interesse specifico del proprietario di un fondo limitrofo a quello ove insiste un manufatto abusivo ad avere assicurata la facoltà di godere e di disporre pienamente del diritto di proprietà. Il terzo, in tal caso, come nel caso sottoposto all'esame della sentenza citata, non sarebbe titolare di un interesse di *mero fatto* (come invece sostenuto dal Tar Sicilia); ma è terzo controinteressato, il quale, presentando l'istanza, non fonda il dovere dell'amministrazione di vigilare sull'abuso, ma obbliga la stessa amministrazione a verificare che l'opera realizzata non sia abusiva a tutela e garanzia del proprio diritto di proprietà (oltre che del generale interesse della corretto uso del territorio).

Sicché, per riprendere le osservazioni (in tal caso condivisibili) del Tar, l'istanza del terzo ha la funzione di instaurare quel «collegamento diretto, rilevante sul terreno risarcitorio», tra la posizione giuridica soggettiva correlata al diritto di proprietà e l'esercizio del potere amministrativo.

In altri termini. Il potere di vigilanza funzionale al regolare assetto del territorio trova il suo fondamento nell'art. 27 del T.U. sull'edilizia; ma l'istanza del privato controinteressato genera il dovere dell'amministrazione di valutare l'istanza medesima, vigilando sull'abuso denunciato, a garanzia dell'interesse specifico e differenziato dell'istante medesimo. Con la conseguenza che a fronte della perdurante inerzia dell'amministrazione, che omettendo di vigilare non interviene a reprimere l'abuso, il privato potrà attivare il rimedio di cui all'art. 21 *bis* della odierna legge Tar²⁵.

I recenti orientamenti giurisprudenziali sembrano confermare tale assunto. La giurisprudenza ha infatti sottolineato che «incombe sull'Amministrazione l'obbligo di riscontrare l'istanza del privato nella quale venga segnalata l'esecuzione di abusi edilizi laddove, da un lato, la segnalazione specifichi in modo puntuale e non generico l'antigiuridicità delle opere e, dall'altro, la stessa venga inoltrata da un soggetto la cui legittimazione attiva risulti qualificata dalla titolarità di un diritto di proprietà limitrofo al luogo in cui si sono perpetrati gli abusi denunciati»; sicché a fronte della perdurante inerzia il terzo controinteressato è «legittimato ad impugnare il silenzio-rifiuto tramite la speciale procedura di cui all'art. 21 *bis* legge 6 dicembre 1971 n. 1034»²⁶. Altrove si legge che «quando l'Amministrazione competente ometta di adottare, secondo i suoi doveri di ufficio, i necessari provvedimenti di ripristino dello stato dei luoghi e di difesa del pubblico interesse, in relazione a costruzioni abusive, ovvero li ritardi senza giustificazione, il terzo interessato – come il proprietario limitrofo, che nei confronti del potere amministrativo di repressione degli abusi edilizi è tra l'altro sempre titolare di un interesse qualificato al mantenimento delle caratteristiche urbanistiche assegnate alla zona – può non solo spiegare le azioni civili di demolizione e, se ciò non sia possibile, quelle risarcitorie, ma è al tempo stesso legittimato a impugnare la mancata adozione di misure ripristinatorie, e quindi l'inerzia forma-

²⁵ Sul punto si deve precisare che secondo l'orientamento prevalente il potere sanzionatorio che consegue all'accertamento di un abuso edilizio è considerato un potere vincolato e la conseguente misura repressiva non è qualificata come «sanzione amministrativa», con la conseguenza che la stessa sfugge alla disciplina generale delle sanzioni amministrative contenuta nella legge 24 novembre 1981, n. 689. Di contrario avviso P. VIRGA, *È sindacabile il mancato esercizio del potere di vigilanza edilizia?*, in *Dir. Proc. Amm.* 2004, 443, secondo il quale il potere in discorso ha natura discrezionale e pertanto «l'eventuale atto di diffida del privato danneggiato per l'inerzia dell'amministrazione non può considerarsi idoneo a legittimare l'azione prevista per l'attivazione del rito speciale, ex art. 21 *bis*, per la impugnativa del silenzio-rifiuto». In generale, sul rimedio contenuto nell'art. 21 *bis* della legge Tar, si veda F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. amm.* 2002, 239; cfr. inoltre E. STICCHI DAMIANI, *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro Amm. TAR* 2005, 3365.

²⁶ Così Cons. Stato sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6531; di contenuto sostanzialmente analogo Cons. Stato sez. V, 7 novembre 2003, n. 7132; in argomento si veda I. DEL GIUDICE, *Quali strumenti processuali per il terzo in caso di omessa vigilanza edilizia della p.a.?*, in *Riv. Giur. Ed.* 2004, 1417.

lizzata degli Organi comunali preposti, ovvero finanche l'illegittima comminatoria di una sanzione pecuniaria anziché demolitoria»²⁷.

Un'ulteriore considerazione. Poiché la funzione di vigilanza sull'attività edilizia si compone, oltre che del potere di vigilare, anche del connesso potere repressivo, non v'è omissione se l'amministrazione si adopera, a seguito dell'istanza del privato, con le necessarie e conseguenti misure repressive: in tal caso l'amministrazione può non rispondere dell'omissione, ma dovrebbe rispondere comunque del ritardo. L'ipotesi ad esempio è quella, oggetto di numerose pronunce, in cui trascorso un ampio periodo di tempo tra la commissione dell'abuso e l'irrogazione della sanzione, quest'ultima è illegittima perché il decorso del tempo ha generato nel privato che ha costruito abusivamente un legittimo affidamento sulla possibilità che l'amministrazione, che era a conoscenza dell'opera abusiva, tollerasse la stessa²⁸. Ovvero quella, altrettanto frequente nella prassi, per cui se l'amministrazione avesse svolto tempestivamente la propria funzione di vigilanza, avrebbe potuto sospendere i lavori abusivi appena iniziati, riducendo i costi della demolizione (che dunque diviene una via più facilmente percorribile) a vantaggio della collettività e della proprietà del privato controinteressato.

In ogni caso, la responsabilità dell'amministrazione per danno derivato dal ritardo con cui la stessa amministrazione ha vigilato sull'attività edilizia dei privati sembra oggi confermata dalla previsione dell'art. 2 *bis* della l. 241 del 1990, secondo cui le pubbliche amministrazioni sono tenute «al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». Occorre verificare al riguardo la sussistenza di talune condizioni.

Anzitutto, l'applicabilità della disposizione in esame all'esercizio della funzione di vigilanza. La norma parla infatti di ritardo nella «conclusione del proce-

²⁷ Così Cons. Stato sez. V, n. 677 del 2004, cit.

²⁸ In tal senso Cons. Stato sez. V, 29 maggio 2006, n. 3270, secondo cui «l'ingiunzione demolitoria dell'opera realizzata senza titolo abilitativo (o in totale difformità da esso) deve essere congruamente motivata in relazione alla sussistenza del pubblico interesse – diverso da quello al ripristino della legalità violata ed idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse del privato – allorché il lungo lasso di tempo decorso dalla commissione dell'abuso ed il protrarsi dell'inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza abbiano ingenerato in capo al privato una posizione di affidamento». Da precisare tuttavia che accanto all'orientamento citato, più benevolo nei confronti del privato, esiste un orientamento più restrittivo, secondo cui «non esiste, in caso di abuso, un affidamento del privato degno di tutela da parte dell'ordinamento», così, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 febbraio 2008, n. 377, che riferisce altresì dell'orientamento intermedio secondo cui «l'affidamento è una situazione diversa dal mero decorso del tempo e richiede la prova specifica di uno stato psicologico di ignoranza incolpevole della situazione illecita. In tal caso, in aggiunta al cospicuo decorso di tempo, il ricorrente deve provare l'esistenza di elementi positivi sui quali fondare la propria buona fede».

dimento», sicché, come tutta la legge sul procedimento amministrativo, si applica a quella quota di attività amministrativa che si manifesta attraverso l'esercizio del potere. E la vigilanza in sede edilizia è espressione del potere amministrativo, sicuramente, nei confronti dei destinatari delle sanzioni conseguenti all'accertamento dell'abuso. Diversa la posizione dei privati controinteressati, che non sono destinatari diretti del potere²⁹. Tuttavia, secondo quanto s'è avuto modo di accertare, tali soggetti hanno il potere di sollecitare l'amministrazione a "vigilare" e, ove la stessa non risponda, possono agire con ricorso avverso il silenzio: è evidente, cioè, che la giurisprudenza ha riconosciuto il "dovere di provvedere" dell'amministrazione a fronte dell'istanza del controinteressato, volta a sollecitare la stessa amministrazione a vigilare sull'abuso fatto dal proprietario limitrofo. Per questo se l'amministrazione non si pronuncia, risponderà della omessa vigilanza; mentre, se si attiva con ritardo, dovrà rispondere del pregiudizio arrecato proprio in ragione del ritardo con cui si è mossa.

Sul punto, la previsione contenuta nell'art. 2 *bis* della l. 241 del 1990, sembra confermare un certo orientamento espresso dalla dottrina, secondo cui la responsabilità da ritardo deve prescindere dall'accertamento sulla spettanza del bene della vita richiesto con apposita istanza dal cittadino privato: ciò che l'amministrazione deve ristorare, in caso di ritardo, non è cioè legato ad una indagine sulla fondatezza della istanza medesima, ma è conseguenza della lesione del bene giuridico "tempo"³⁰. Mentre, come si ricorderà, diversa è la posizione assunta dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'amministrazione non può essere tenuta a risarcire il mero ritardo «dovendosi verificare se il bene della vita finale sotteso all'interesse legittimo azionato sia o meno dovuto»³¹. In realtà, il legislatore nel novellare la legge sul procedimento ha richiesto il requisito dell'ingiustizia del danno conseguente al ritardo dell'amministrazione, sicché, come in ogni azione risarcitoria, il danneggiato è tenuto comunque a provare il pregiudizio patito³². Per ritornare all'ipotesi che ci occupa, il terzo controinteressato deve dimostrare che il ritardo con cui l'amministrazione ha vigilato

²⁹ Ad esempio, come già s'è avuto modo di sottolineare, la Corte di Cassazione, nella citata sentenza Consob. Ha affermato che la Consob non esercita alcun "potere" sui risparmiatori, poiché anzi sono proprio i risparmiatori quei soggetti che la stessa Consob è tenuta a tutelare, con la conseguenza che la posizione di questi ultimi nei confronti dell'Autorità di vigilanza assume la consistenza del diritto soggettivo.

³⁰ Sulla importanza del "tempo" nell'azione amministrativa si veda: M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano 2003; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, Relazione svolta al Convegno *Interesse pubblico e principi di buona amministrazione*, Teramo 23 e 24 ottobre 2009, in corso di pubblicazione.

³¹ Cons. Stato, ad. plen. 15 settembre 2005, n. 7, in *Urb. App.* 2006, 62, con nota di M. CLARICH-G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*.

³² Si veda in argomento M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit.

sugli abusi edilizi, nonostante la denuncia fatta, ha, ad esempio, compromesso la possibilità di ripristinare la situazione preesistente l'abuso.

5. *La diversa posizione dei terzi estranei: un'ipotesi ricostruttiva*

Rimane da verificare l'ipotesi in cui l'istanza provenga dal terzo titolare di un interesse di mero fatto. Al riguardo, in conseguenza delle considerazioni svolte, deve ritenersi che la stessa istanza non abbia conseguenze sul terreno risarcitorio, poiché non è idonea a mutare la posizione soggettiva del privato (come delle eventuali associazioni ambientaliste) in interesse giuridicamente rilevante. Il terzo rimane titolare di un interesse di mero fatto rispetto al quale, anche a seguito della presentazione di una istanza, l'amministrazione non ha il dovere di pronunciarsi. Più rettamente: l'amministrazione ha il dovere di vigilare per effetto dell'art. 27 del T.U. sull'edilizia; l'istanza del terzo non può fondare l'esercizio del potere, né può, stavolta, instaurare quel collegamento diretto, tra la posizione giuridica soggettiva e l'esercizio del potere amministrativo: poiché quella situazione giuridica soggettiva non è correlata al diritto di proprietà (come nel caso del terzo controinteressato), ma è un interesse di mero fatto che non può mutare la propria consistenza per effetto della presentazione di un'istanza³³.

L'istanza proveniente da un terzo estraneo all'attività edificatoria ha lo scopo di segnalare all'amministrazione la commissione di un dato abuso per indurla a vigilare sul territorio, ma non può generare l'obbligo a provvedere sulla stessa, poiché il suo autore non è titolare di un interesse specifico alla prestazione amministrativa³⁴.

³³ Così ad esempio, secondo Cons. Stato sez. IV, 28 maggio 2009, n. 3348, poiché «la posizione giuridica dell'istante si connota in termini meramente fattuali» la pubblica amministrazione non ha «alcun obbligo di provvedere al riesame delle scelte urbanistiche a suo tempo varate e divenute pacificamente inoppugnabili».

³⁴ La questione, com'è intuitivo, rimanda al problema, assai dibattuto in dottrina, del fondamento giuridico dell'obbligo di provvedere, oggi previsto dall'art. 2 della l. 241 del 1990. Si veda sull'argomento, a titolo esemplificativo, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino 1995, il quale ritiene che «l'art. 2 della legge n. 241 crea in capo all'amministrazione un vero e proprio obbligo, correlato a una situazione giuridica qualificabile come diritto soggettivo in capo a colui che ha presentato l'istanza, avente per oggetto l'emanazione di un provvedimento che accolga o rigetti l'istanza entro il termine prefissato», p. 152, e F.G. SCOCCA, *Il silenzio della p.a.: ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, Milano 2002, secondo il quale «mentre fino alla legge sul procedimento la violazione dell'interesse legittimo poteva costruirsi solo come conseguenza indiretta del dovere di provvedere nell'interesse pubblico, dopo tale legge si ravvisa un dovere di provvedere anche (e direttamente) nell'interesse del privato», p. 7. La giurisprudenza, per parte sua, ha chiarito che «il criterio distintivo tra istanza – idonea a radicare il dovere di provvedere – e mero esposto deve essere ravvisato nell'esistenza in capo al privato di uno specifico e rilevante interesse

Semmai, si potrebbe ragionare su una ulteriore ipotesi. E cioè, posto che la funzione di vigilanza deve assicurare il regolare assetto del territorio a garanzia dell'interesse di una intera comunità, si può ritenere che l'omissione dell'amministrazione nel vigilare arrechi un danno alla comunità medesima?

In altre parole, secondo quanto s'è tentato di ricostruire sino ad ora, l'amministrazione risponde dei danni correlati all'omessa vigilanza sull'attività edilizia solo nei riguardi di un terzo controinteressato, che abbia però sollecitato l'amministrazione a vigilare con una apposita istanza idonea a funzionalizzare la vigilanza medesima alla cura di quell'interesse specifico di cui il terzo è titolare. Nessuna responsabilità nei confronti di coloro che non sono già titolari di una situazione giuridicamente rilevante, quali i terzi estranei o le associazioni ambientaliste. Appare tuttavia paradossale che, se la vigilanza è funzionale alla cura di un interesse pubblico, che è il regolare assetto del territorio a beneficio di una intera comunità, l'amministrazione non sia chiamata a rispondere dei danni nei confronti di quelle associazioni che si fanno carico di rappresentare gli interessi della stessa comunità³⁵.

Ciò che si vuole sostenere in questa sede è che l'amministrazione possa essere chiamata a rispondere comunque del danno causato dalla propria omissione, nei confronti di quella comunità e di quegli interessi che proprio le associazioni intendono assicurare: ma l'ipotesi, in tal caso, non dovrebbe essere più quella di una responsabilità risarcitoria, *ex art. 2043 c.c.* (come nel caso già visto

che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività; occorre, in altri termini, che il comportamento omissivo dell'Amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato di per sé non immediatamente tutelabile», Tar Lazio, Roma, sez. 6 maggio 2009, n. 4744; e in senso analogo Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2318. La stessa giurisprudenza ha individuato una serie di ipotesi in cui l'obbligo di provvedere non opera e, tra queste, il caso in cui il privato solleciti il riesame di una situazione giuridica divenuta inoppugnabile: «non è configurabile alcun obbligo per l'Amministrazione di riesaminare una situazione definita con atto divenuto inoppugnabile, la cui lesività avrebbe potuto essere denunciata con la tempestiva attivazione degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento processuale», Cons. Stato sez. IV, 18 giugno 2009, n. 3994; così come non v'è l'obbligo di pronunciarsi su ricorso gerarchico, Tar Campania Napoli sez. III, 18 giugno 2009, n. 3360. In ogni caso è relativamente recente il principio secondo cui «independentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongono l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (art. 97 Cost.), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia», Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 11 giugno 2009, n. 3200.

³⁵ In tal senso è utile rinviare alle osservazioni di P. STELLA RICHTER, *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione democratica necessaria*, in *Foro amm. CDS* 2002, 3299, secondo cui «la nuova frontiera del diritto amministrativo non è più tanto il principio di legalità, quanto il principio di rappresentatività, che del primo è la più ampia e compiuta espressione».

del terzo controinteressato), diverrebbe, invece, quella di una responsabilità per danno ambientale³⁶. Nel senso che un'amministrazione comunale, omettendo di vigilare sull'attività edificatoria dei privati, avrebbe contribuito ad alterare l'equilibrio ambientale di un territorio "deteriorato" dall'abusivismo edilizio³⁷.

Il danno ambientale, a seguito delle modifiche introdotte dal recente d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, consiste oggi nel deterioramento «significativo e misurabile, diretto e indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata a quest'ultima» (art. 300 comma 1). La norma precisa poi che si ha danno ambientale in caso di deterioramento provocato alle «specie e agli habitat protetti», alle acque e al terreno³⁸.

La giurisprudenza sino ad ora ha escluso che l'abuso edilizio possa integrare gli estremi del danno ambientale; ma si è pronunciata su ipotesi di danno ambientale a carico degli stessi privati che hanno costruito abusivamente e ha ritenuto che l'abuso edilizio dia luogo ad una misura sanzionatoria e non espone il suo autore al risarcimento del danno, pertanto prescinde dalla effettiva sussistenza di un danno ambientale³⁹.

Qui, viceversa si vuole ipotizzare che il privato rimanga responsabile dell'abuso edilizio e subisca la conseguente misura sanzionatoria. Mentre l'amministrazione comunale potrebbe essere chiamata a rispondere del danno ambientale prodotto *anche* come conseguenza della propria omissione nel vigilare sull'attività edificatoria dei privati. Al riguardo l'art. 311 del d. lgs. 152 del 2006 stabilisce che la responsabilità per danno ambientale incombe nei confronti di quei soggetti (persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private) che *omettendo di compiere attività o comportamenti doverosi* arrechino un danno all'ambiente⁴⁰.

³⁶ Sul delicato rapporto tra responsabilità per danno all'ambiente e responsabilità civile ex art. 2043 c.c. si veda G. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 656.

³⁷ Sotto tale profilo, la possibilità di ricondurre l'abusivismo edilizio ad un'ipotesi di danno ambientale può trovare conferma in quella interpretazione della dottrina che tende a far confluire nella nozione di ambiente una pluralità di aspetti giuridici, e cioè il paesaggio, come patrimonio culturale, l'ambiente in senso stretto, come ecosistema, e l'urbanistica: M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, RTDP 1973, 15.

³⁸ In tema di danno ambientale la bibliografia è molto vasta. Si veda a titolo esemplificativo B. POZZO, *La responsabilità civile per danni all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. Giur. Amb.* 2007, 815; U. SALANITRO, *Il risarcimento del danno all'ambiente: un confronto tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. Giur. Amb.* 2008, 939; L. VILLANI, *Il danno ambientale e le recenti modifiche al Codice dell'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 2173.

³⁹ Da ultimo Cons. Stato sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1464, avente ad oggetto, per l'esattezza, la qualificazione giuridica dell'indennità prevista per gli abusi edilizi in zone soggette a vincoli paesaggistici dall'art. 15 della l. 1497 del 1939 in tema di bellezze naturali.

⁴⁰ La norma richiamata testualmente dispone: «Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arre-

Com'è noto, le recenti modifiche hanno introdotto il principio per cui unico titolare dell'azione per il risarcimento del danno ambientale è il Ministero dell'ambiente, sicché il bene "ambiente" è stato definito di «natura pubblica», ovvero «di pertinenza dello Stato»⁴¹: spetta al Ministero il potere di disporre, con ordinanza, le misure ritenute necessarie «in modo da garantire, ove possibile, il conseguimento del completo ripristino ambientale» (art. 306 comma 2); nonché il potere di agire in giudizio «anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale» (art. 311); e nel caso in cui il danno sia prodotto da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, il Ministro dell'ambiente, «anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'Ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio», (art. 313, comma 6)⁴². Infine, le somme percepite a titolo di risarcimento devono essere riassegnate dal Ministero dell'economia e destinate ad una serie di interventi destinati alla tutela ambientale (art. 317, comma 5, d. lgs. 152 del 2006)⁴³.

Nel rinnovato quadro normativo, l'attribuzione esclusiva al Ministero del potere di agire per la prevenzione o il ripristino del danno cagionato all'ambiente, se da un lato ha posto taluni dubbi, legati alla natura inevitabilmente pubblica dell'azione di responsabilità per danno ambientale, con esclusione di qualunque ipotesi di tutela assicurata ai singoli cittadini⁴⁴, dall'altro lato consente di ragionare sull'ipotesi, qui sostenuta, di una responsabilità per danno ambientale a carico dell'amministrazione comunale. La quale, omettendo di vigilare sull'abusivismo edilizio dei privati, può contribuire al «deterioramento» del territorio: in tal caso, il potere di azione, come detto, spetterebbe al Ministero dell'ambiente e la relativa giurisdizione alla Corte dei Conti. Prima, come si ricorderà, anche gli enti territoriali minori avrebbero potuto agire nei confronti dei

chi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato».

⁴¹ La stessa la Corte Costituzionale ha qualificato l'ambiente come bene che soddisfa un interesse pubblico, Corte Cost. 29 dicembre 1988, n. 1162. Su tali questioni si veda G. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, cit.

⁴² La dottrina ha infatti sottolineato che «nel sistema delineato dal legislatore, l'illecito ambientale può essere giudicato da tre giudici diversi: il giudice ordinario, ove il Ministro decida di attivare la via giudiziaria; il giudice amministrativo, in (modo indiretto, e, cioè, in) sede di sindacato sull'ordinanza ministeriale; la Corte conti nel caso di danno provocato da soggetto appunto sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti», F. FRACCHIA, *Corte dei Conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. Proc. Amm.* 2008, 669.

⁴³ Cfr. ancora F. FRACCHIA, *Corte dei Conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, cit.

⁴⁴ In tal senso G. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, cit.

danneggianti: sicché ipotizzare una responsabilità per danno ambientale a carico del comune per omessa vigilanza sull'attività edilizia avrebbe comportato la conflittuale, e per ciò stesso remota, evenienza di un comune che agiva contro se stesso. Quanto alle associazioni ambientaliste, queste non hanno il potere di agire contro il soggetto ritenuto responsabile del danno ambientale, ma possono intervenire nel giudizio eventualmente instaurato dal Ministero (art. 18, comma 5, della l. n. 349 del 1986) e possono, altresì, presentare al Ministero (presso le Prefetture, quali organi di governo territoriali) denunce o osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o una minaccia imminente di danno ambientale e richiedere l'intervento statale a tutela (art. 309)⁴⁵.

In ogni caso, nella percezione che la responsabilità per danno ambientale, a carico di un'amministrazione comunale che abbia omesso di vigilare sull'attività edilizia dei privati, possa apparire una via difficile da perseguire, residua un'altra possibilità e cioè che la stessa amministrazione possa rispondere dell'eventuale danno all'erario. D'altra parte la dottrina e la giurisprudenza della Corte dei Conti hanno evidenziato la tendenza degli ultimi anni a dilatare la nozione di danno erariale, per ricomprendervi non più (o non solo) il caso classico di un ammanco di denaro pubblico che deve essere recuperato, a tutela della finanza pubblica; ma altresì una serie di ipotesi caratterizzate da un «più marcato impiego della responsabilità in funzione di tutela della legalità complessiva dell'azione amministrativa a prescindere da un pregiudizio economico effettivo». Tendenza che, come è stato osservato, denota «una lettura in senso pubblicistico di molti interessi presenti nel nostro ordinamento»⁴⁶.

La giurisprudenza contabile, inoltre, ha già individuato una ipotesi responsabilità per danno all'erario a carico di quell'amministrazione comunale che abbia omesso di vigilare sull'attività edilizia privata e, altresì, abbia omesso sia di provvedere alla demolizione dei relativi abusi edilizi, sia di assicurare l'immissione in possesso e il successivo utilizzo di opere abusive acquisite al patrimonio comunale. In tal caso, osservano i giudici contabili, «sussiste la responsabilità amministrativa degli amministratori e dei funzionari pubblici che, per omissione e negligenza, non si siano attivati con concrete iniziative consentendo a terzi l'occupazione "sine titolo" delle strutture»; mentre, gli stessi alloggi avrebbero potuto costituire alloggi provvisori per famiglie indigenti e senza tetto per le quali l'amministrazione comunale spende annualmente consistenti fondi⁴⁷.

⁴⁵ In argomento, L. PRATI, *Il danno alla comunità locale e le criticità di una normativa imperfetta*, in *Riv. Giur. Amb.* 2008, 1, 189.

⁴⁶ F. FRACCHIA, *Corte dei Conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, cit. Tali possono essere considerate, ad esempio, le ipotesi di danno all'immagine nei confronti della pubblica amministrazione, su cui cfr. Corte Conti, sez. I, 16 settembre 2008, n. 401.

⁴⁷ Corte Conti reg. Puglia, sez. giur. 17 luglio 2001, n. 578, in *Riv. Giur. Amb.* 2002, 568, con nota di S. DELIPERI, *Abusivismo edilizio e danno erariale*, secondo il quale «questa linea giurisprudenziale

Per concludere. L'amministrazione risponde a titolo di responsabilità per omessa vigilanza nei confronti del controinteressato: sotto tale profilo può essere utile riprendere la suggestione offerta dalla dottrina secondo cui l'art. 27 del T.U. sull'edilizia è una norma multipolare. Si tratta cioè di una di quelle disposizioni presenti nel nostro ordinamento, «intese a tutelare un interesse pubblico e che nel contempo incidono direttamente sulla posizione di altri soggetti diversi dal destinatario»⁴⁸, che nella specie sono i terzi controinteressati.

Permane, invece, a parere di chi scrive, una certa difficoltà nel configurare una responsabilità risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. per omessa vigilanza sull'attività edilizia a carico dell'amministrazione e nei confronti del terzo estraneo, in quanto titolare di un interesse di mero fatto non idoneo a fondare l'obbligo dell'amministrazione a provvedere, né idoneo a vincolare la stessa amministrazione sul terreno risarcitorio.

E tuttavia, l'apparente esclusione di tale categoria di soggetti può essere risolta ritenendo, secondo quanto si è sinora sostenuto, che l'amministrazione possa rispondere nei confronti dell'intera comunità a titolo di danno ambientale ovvero a titolo di danno all'erario.

PUBLIC ADMINISTRATION'S LIABILITY FOR FAILING BUILDING CONTROL

by Maria Cristina Cavallaro

Abstract

This paper analyzes the liability in which may incur Public Administration that fails to carry out building control. According to case law, public administration may be liable in respect of damages suffered by a landowner neighbor to a land where it was illegally built, but not for the damages caused to the other people or to the community. In this last case, we suggest that the authority, which failed to control, may be considered responsible for environmental damages.

del giudice erariale sembra aprire decisamente un ampio spiraglio perché anche gli aspetti economico-finanziari dei “guasti” all'ambiente siano adeguatamente valutati». Anche se, la stessa Corte ha chiarito che, ove l'amministrazione comunale abbia omesso di revocare una concessione all'apertura di una cava illegittimamente assentita, «la natura meramente patrimoniale del danno connessa all'esigenza di ripristino ambientale, nulla ha a che vedere con il danno ambientale e paesaggistico che rimane perseguibile in altra sede», Corte Conti reg. Molise, sez. giur. 19 novembre 2007, 148. Si veda altresì E. SANTORO, *Il nuovo danno ambientale, la titolarità dell'azione civile e l'ampliamento della giurisdizione contabile*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 221.

⁴⁸ L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino 2005, p. 77.

Procedimenti comunitari e amministrazioni nazionali operanti in funzione comunitaria

di Gregorio De Vinci*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I procedimenti amministrativi di rilevanza comunitaria. - 3. Le figure di composizione riguardanti l'attività. - 4. Le amministrazioni nazionali operanti in funzione comunitaria. - 5. Le figure di composizione riguardanti l'organizzazione.

1. *Premessa*

Nella originaria visione dei “padri fondatori” delle Comunità europee, J. Monnet e R. Schumann, l'ordinamento comunitario era concepito come un potere pubblico avente compiti di regolazione e destinato essenzialmente a prendere decisioni¹.

Ne è derivato un sistema in cui la realizzazione delle politiche comunitarie è stata, perlopiù, affidata alle amministrazioni nazionali, secondo il principio della esecuzione indiretta, detta anche federalismo di esecuzione².

Questo iniziale orientamento spiega d'altra parte la scelta di dotare la Comunità di una struttura burocratica ridotta all'essenziale³, nonché la mancanza, nei Trattati istitutivi e negli accordi successivi, di disposizioni recanti una disci-

* Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ Cfr. sul punto, G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento giuridico composito*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 43; E. CHITI, C. FRANCHINI, *Le figure organizzative*, in *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, (a cura di) G. DELLA CANANEA, Milano, 2006, 57.

² M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., (diretto da) M. P. CHITI, G. GRECO, Milano, 2007, Parte generale, I, 418.

³ Sul punto vedi lo scritto di J. MONNET, *Memoires*, Parigi, 1976, 546, in cui è ben chiara l'idea che la Comunità dovesse avere un apparato amministrativo leggero. Nel tempo, il numero dei funzionari comunitari è costantemente aumentato, a seguito dell'ampliamento delle competenze della Comunità e dell'ingresso di nuovi Stati membri. Tuttavia, la funzione pubblica comunitaria rimane sempre numericamente modesta se rapportata a quella di qualsiasi amministrazione nazionale; sul punto, cfr. lo studio di M. INNAMORATO, *La burocrazia nell'Unione europea*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 3/2003, 105.

plina organica del fenomeno amministrativo⁴, al pari di quella dettata per il potere legislativo e per quello giurisdizionale.

A ciò si aggiunga, facendo un passo indietro, che la conformazione non statutale della Comunità europea, definita quale “*ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani*”⁵, ha portato a negare autonoma rilevanza al diritto amministrativo europeo⁶, sulla base dell’assunto che se non c’è uno Stato non può parlarsi di un diritto da esso prodotto, che è essenzialmente quello amministrativo⁷.

Dopo un primo momento, in cui si è percepita, con riferimento all’azione della Comunità europea del carbone e dell’acciaio (CECA), la formazione di una “atmosfera amministrativa”⁸ – espressione con la quale si è voluto sottolineare il carattere essenzialmente amministrativo della CECA quale organizzazione sovranazionale specializzata – è seguito un lungo periodo, protrattosi fino a buona parte degli anni Ottanta, che ha visto l’attenzione degli operatori del diritto e delle Istituzioni incentrata sui caratteri “costituzionali” dell’ordinamento giuridico comunitario⁹, ed in particolare sul potere normativo della Comunità economica europea (CEE)¹⁰.

⁴ “... la collocazione del potere amministrativo nei trattati istitutivi appare assai incerta: l’amministrazione è relegata al rango di apparato servente delle varie istituzioni”, così S. CASSESE, *La Costituzione europea*, in *Quad. Cost.*, 1991, 590.

⁵ Corte giust. CE, sent. *Costa c. Enel* del 1963, causa 26/62. Da ultimo, vedi Tribunale di I grado, sez. V, del 25 ottobre 2007 n. 4515, in *Guida al diritto*, 2007, 47 a tenore del quale “i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere a favore del quale gli stati membri hanno limitato, in determinati settori, la loro sovranità. Nell’ambito di tale ordinamento giuridico comunitario le istituzioni dispongono esclusivamente di competenze di attribuzione”.

⁶ Sulle origini del diritto amministrativo europeo, v. *ex multis* M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 980; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2003, 35 e ss.; ripercorre le diverse fasi che hanno segnato l’evoluzione dell’amministrazione europea, G. VILELLA, *Le reforme de l’administration de l’Union européenne*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 729;

⁷ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, in *Presentazione* così osserva: “si reputa che il diritto amministrativo sia ineluttabilmente connesso alla dimensione giuridico-istituzionale dello Stato e che quindi non abbia condizione di essere al di fuori di esso”; cfr. anche E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, e J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 2006.

⁸ L’espressione è di C.F. OPHULS, *Les Réglements et les directives dans les Traités de Rome*, in *C.D.E.*, 1966, 3, 10.

⁹ Per S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1995, 318, “sugli studi di diritto comunitario pesa l’ipoteca dell’impostazione internazionalistica, più attenta a quello che potremmo definire il diritto costituzionale comunitario, che a quello amministrativo.”

¹⁰ Una caratteristica peculiare del diritto amministrativo comunitario è proprio la incompleta distinzione tra normazione e amministrazione, tra posizione della norma ed esecuzione della stessa; sul punto S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., 3.

L'Atto Unico Europeo del 1986 e il successivo impulso dato al processo di integrazione con l'espansione delle competenze e dei settori di intervento comunitari, in un'ottica non più limitata alla sola dimensione funzionale della integrazione economica dei mercati, hanno messo in crisi il modello di una Comunità disinteressata, in linea di principio, alla esecuzione delle proprie norme¹¹ e alle problematiche dell'organizzazione amministrativa: si è posta, allora, con forza l'esistenza di una "questione amministrativa"¹² in ambito europeo.

È proprio con il completamento del Mercato Interno ed il Trattato di Maastricht del 1992, che viene riconsiderato il ruolo svolto dall'apparato amministrativo nell'esecuzione delle funzioni comunitarie, il cui nucleo originario si è ampliato, alla luce della interpretazione estensiva dell'art. 308 del Trattato CE (già art. 235) operata dalla Corte di giustizia, la quale ha riconosciuto alla Comunità il potere di utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione per raggiungere gli scopi previsti dal Trattato, anche quando tali mezzi non siano nello stesso espressamente contemplati (c.d. teoria dei poteri impliciti)¹³.

È utile ricordare che, tradizionalmente, l'attività amministrativa comunitaria è stata distinta in strumentale e finale¹⁴. L'attività strumentale è posta in essere direttamente dalla Commissione¹⁵, mentre per quella finale, fatta eccezione per

¹¹ M.P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in (a cura di) F. BIGNAMI, S. CASSESE, *Il procedimento nel diritto amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 58.

¹² L'espressione è utilizzata per indicare tanto i problemi che attengono in generale all'organizzazione degli apparati amministrativi comunitari, quanto alle questioni connesse al raccordo fra Comunità e Stati membri. Per un studio approfondito della evoluzione dell'ordinamento comunitario in relazione al progressivo emergere, in ambito europeo, di una "questione amministrativa", cfr. F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Torino, 2007, 47 ss.

¹³ Osserva in dottrina, R. FERRARA, *Il "posto" del diritto amministrativo: fra tradizione e globalizzazione*, in AA.VV, a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE, *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, 2005, 11 e ss., come la stessa CE contribuisca "in modo determinante, a ben vedere, ad avallare e fondare siffatto processo di ri-legittimazione del diritto amministrativo [...]. Al punto che il diritto amministrativo comunitario appare, ormai, come uno straordinario e non eliminabile fattore di costruzione dell'integrazione europea, come quel fattore capace di tenere insieme, innovandole e svecchiando le tradizioni politico e amministrative degli Stati nazionali, sia dei sistemi di *civil Law* che di *common Law*".

¹⁴ Cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., 5.

¹⁵ Per F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione europea...*, op. cit., 62, "la Commissione costituisce il simbolo della originalità del sistema, istituzione a metà strada tra un'amministrazione e un'esecutivo" e ancora "le disposizioni del Trattato che si occupano della Commissione configurano l'istituzione essenzialmente quale governo del nuovo ordinamento, minimizzandone le attribuzioni amministrative ed accentuandone il carattere collegiale ed orizzontale. Si tratta di un'interpretazione funzionalmente complementare al principio di esecuzione indiretta, poiché in entrambi i casi l'obiettivo consiste nel tutelare l'indipendenza di due ordini di autorità: delle amministrazioni nazionali dalle autorità comunitarie, nel primo caso; della Commissione dalle incursioni dei governi e delle

i pochi casi di esecuzione diretta¹⁶ (come ad esempio la disciplina della concorrenza, nel cui ambito spetta alla Commissione un vero e proprio potere ispettivo, o, ancora, i rapporti di lavoro del personale comunitario o i procedimenti finanziari della Comunità), la regola è costituita dal modello della esecuzione indiretta, in cui la Commissione, nel perseguimento dei fini propri della Comunità, si avvale delle amministrazioni degli Stati membri, i quali sono tenuti ad attuare il diritto comunitario nel rispetto del principio di leale cooperazione¹⁷. Tale principio ha la sua base giuridica nell'art. 10 (ex art. 5) del Trattato CE, a norma del quale “*gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsia-*

Istituzioni interne degli Stati membri, nel secondo”; sempre sulla Commissione ed il ruolo del collegio dei commissari, v. M. SAVINO, nel volume collettaneo, *Diritto amministrativo europeo: casi e materiali*, Milano, 2005, 82 ss.; ancora cfr. M. INNAMORATO, *La burocrazia nell'Unione europea*, cit., 2003, 101; in giurisprudenza, Corte giust. Ce, sent. 18 gennaio 2005, causa C-257/01, *Commissione c. Consiglio*, con nota di M. SAVINO, *Commissione o Consiglio: chi detiene il potere esecutivo nell'Unione europea?*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 636, per il quale la sentenza confermerebbe il carattere condiviso (c.d. sistema bicefalo) del potere esecutivo europeo, ripartito tra Commissione e Consiglio. Di “amministrativizzazione” della Commissione parlano, altresì, E. CHITI e C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, 21, un processo rispetto al quale hanno svolto un ruolo chiave l'istituto della *habilitation*, che permette in presenza di condizioni particolari di delegare poteri dal collegio al commissario competente, o anche ad un alto funzionario della direzione generale, e l'introduzione dei comitati della comitologia. Secondo T. CHRISTIANSEN, *La Commissione europea*, in S. FABBRINI, a cura, *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sopranazionale*, Roma-Bari, 2002, 126, è riscontrabile una “contraddizione intrinseca alla Commissione nella misura in cui essa garantisce sia la *leadership* politica, che un servizio di amministrazione pubblica al sistema della Ue”, che la pone “tra la Scilla della burocratizzazione e il Cariddi della politicizzazione”.

¹⁶ Il disegno originario dei rapporti amministrativi tra l'ordinamento sopranazionale e quelli nazionali prevede, da un lato, una divisione dei compiti tra le istituzioni comunitarie e quelle degli Stati membri, per cui esecuzione e legislazione sono nettamente divise e ognuna di esse è affidata a soggetti diversi ed autonomi; dall'altro lato, l'amministrazione indiretta non ridefinisce o ridimensiona il ruolo delle amministrazioni nazionale, che mantengono, comunque, una certa autonomia nell'attuazione del diritto comunitario.

¹⁷ Sul punto cfr. F.G. PIZZETTI, *Riflessioni sul principio di leale cooperazione nell'ordinamento comunitario*, in P. BILANCIA-F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Torino, 2004, p. 109. Il versante amministrativo costituisce una importante esplicitazione del principio in questione, come riconosciuto anche dalla Corte giust. Ce, sent. 26 novembre 2002, causa C-275/00, *First e Franex*. Esso opera in diverse direzioni (tra Istituzioni comunitarie e Stati membri, tra le sole Istituzioni o tra gli stessi Stati), come dimostra la copiosa giurisprudenza in argomento, tra cui Corte giust. Ce, sent. 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG c. Republik Osterreich*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2004, 883; Corte giust. Ce, sent. del 10 dicembre 2002, causa C-29/99, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, I-11221; Corte giust. Ce, sent. del 9 settembre 2003, causa C-198-01, *Consorzio Industriale Fiammiferi c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, su www.curia.eu.int; da ultima, v. Corte giust. Ce, Grande Sezione, sentenza 12 febbraio 2008, su www.giustamm.it

si misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato”: ad esso è ascrivibile, dunque, una rilevanza non solo costituzionale, ma anche e soprattutto amministrativa, sotto un duplice profilo: per un verso, pone a carico degli Stati membri una serie di obblighi di natura amministrativa, ai fini del perseguimento degli obiettivi comuni e, per l’altro, diviene il fondamento della pretesa degli stessi Stati di adottare i provvedimenti che essi ritengono più opportuni, al fine di assicurare l’applicazione degli atti normativi della Comunità, qualora non sia prevista una specifica modalità di esecuzione.

Insieme all’art. 100 A, in base al quale la Comunità “*adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l’instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*”, e all’art. 100 B del Trattato CE, che consente di dichiarare equivalenti le normative nazionali, ivi incluse quelle di rango amministrativo, pur in presenza di un differente contenuto¹⁸, le disposizioni, fin qui, richiamate definiscono, seppur sommariamente, un criterio generale di suddivisione dei compiti amministrativi tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali: tale criterio presuppone, per un verso, che l’esecuzione abbia inizio precisamente là dove finisce l’attività legislativa e che sia possibile, dunque, distinguere le due sfere di azione, riservandole a due ordini di soggetti diversi ed autonomi, secondo il modello dell’*executive federalism*; per altro verso, agli Stati membri, nonostante la loro autonomia amministrativa¹⁹, rimane la possibilità di dettare le regole per i procedimenti nazionali solo in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, e sempre nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività²⁰.

I brevi tratti, appena accennati, permettono di delineare un modello di attuazione delle decisioni comunitarie, fondato sul binomio esecuzione diretta/indiretta, che, a seguito del progressivo sviluppo delle politiche comunitarie e del processo di allargamento dell’Unione²¹, non rappresenta più in maniera adegua-

¹⁸ Sugli artt. 100 A e 100 B del Trattato CE vedi l’ampia analisi svolta nel volume collettaneo *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione – Dall’Atto Unico Europeo al Trattato sull’Unione*, a cura di A. MASSERA, Bologna, 1994, ed in specie i contributi – in esso contenuti – di R. ADAM, *Il diritto del mercato interno: l’art. 100 A del Trattato CEE e l’armonizzazione delle legislazioni*, 19 ss. e R. BARATTA, *L’equivalenza delle normative nazionali ai sensi dell’art. 100 B del Trattato CE*, 81 ss.

¹⁹ Cfr. sul punto F. ASTONE, *Il processo normativo dell’Unione europea...*, op. cit., 58 e ss., secondo l’Autore il principio di esecuzione indiretta non comporta alcun ridimensionamento dell’autonomia procedurale delle amministrazioni nazionali rispetto alla Comunità nel processo di attuazione del diritto comunitario: il modello prescelto, infatti, garantisce gli Stati membri da un ordinamento sovranazionale forte, ma sotto controllo.

²⁰ Cfr. in giurisprudenza Corte giust. CE, sent. 21 gennaio 1999, causa C-120/97, *Upjohn Ltd. c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968*, in *Racc.* 1999, I-223; Corte giust. CE, *Charalampous Dounias c. Ypourgos Oikonomikon*, causa C-228/98, in *Racc.* 2000, I-577.

²¹ Cfr. F. ASTONE, *L’integrazione amministrativa nell’Unione a venticinque*, in *Funz. Pubbl.*, 3/2005, 13.

ta le molteplici forme che il potere pubblico europeo, e nella specie l'apparato amministrativo, assumono nel loro svolgersi²².

La terminologia usata per indicare le procedure amministrative è variegata: *multi-level governance*²³, reti di amministrazioni²⁴, *regulatory process*²⁵, sono tutte espressioni che hanno in comune il riferimento ad un sistema policentrico, non monista, non ordinato gerarchicamente, in cui assumono un ruolo prevalente ora le istituzioni comunitarie, ora le amministrazioni nazionali, secondo le interazioni che di volta in volta si innescano tra di esse²⁶.

Il risultato di quanto sopra descritto è un coacervo di rapporti tra amministrazioni nazionali e comunitarie, che si attuano mediante collegamenti composti e variabili in base al c.d. *sector by sector approach*²⁷, che tiene conto, di volta in

²² Ha constatato il superamento delle procedure di esecuzione diretta e indiretta, operando un primo tentativo di classificazione dottrinale delle diverse modalità integrate di esecuzione, C. FRANCHINI, *Amministrazione nazionale e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993.

²³ La nozione di *governance* descrive e spiega i fenomeni di coordinamento e decisione insiti nel governare in assenza di un governo inteso come istituzione; al riguardo F. BASILICA, *La public governance in Europa*, in *Funz. pubbl.*, 3/2004; A. LIPPI, *Il policy making europeo come "rete"*, in *L'Europa delle reti*, a cura di A. PREDIERI e M. MORISI, Torino, 2001, 1 e ss.; A. DAMONTE, *La governance europea*, in *URGE Working Paper*, n. 6/2006. In tale ambito assistiamo allo sviluppo di una amministrazione pubblica flessibile, fortemente integrata nei suoi vari livelli verticali (amministrazione europea, statale e infrastatale) e nelle forme orizzontali (le amministrazioni degli Stati membri congiunte o coordinate tra loro), che si configura come un sistema *multi-level* e che consente altre forme di intervento differenziato appropriate alle particolari esigenze della *governance* europea", così M. P. CHITI, *Una costituzione rigida per un'amministrazione flessibile: nuove forme di governance nella Costituzione europea*, in AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, (a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE), *op. cit.*, 52.

²⁴ Cfr. per una ricostruzione in chiave strutturale e funzionale dei sistemi reticolari di amministrazioni, D. IELO, *Amministrazioni a rete e reti di amministrazioni: nuovi paradigmi della global governance*, in *Amministrare*, 2003, 373.

²⁵ E. CHITI, C. FRANCHINI, *Diritto amministrativo europeo – Casi e materiali*, Milano, 2005, 191 e ss.

²⁶ La nozione di pubblica amministrazione si ricava da alcune norme del Trattato, così come elaborata dalla giurisprudenza comunitaria. Si tratta di una nozione a geometria variabile, che muta di settore in settore. Tuttavia, caratteristiche comuni delle diverse definizioni sono quella di ricorrere a criteri sostanziali (non basta l'appartenenza di un apparato a un ente definito pubblico), e, conseguentemente quella di delimitare l'area pubblica in termini più ristretti di quelli del diritto interno, così S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, II ed., cit., p. 9. Il problema riguarda, soprattutto, in materia di pubblici appalti, la controversa nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, trasfusa di recente nel nostro ordinamento, nell'art. 2, comma 26 del decreto legislativo n. 163 del 2006, (Codice degli Appalti), nonché la nozione di società a partecipazione pubblica locale, connessa alla questione dell'affidamento *in house*, sul punto cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

²⁷ Vedi S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in (a cura di) F. BIGNAMI, S. CASSESE, *op. cit.*, 34.

volta, dei fini perseguiti dalla Comunità, valorizzando il dato settoriale e plasmando intorno ad esso i moduli procedurali²⁸.

A livello comunitario si va, dunque, definendo una amministrazione che opera secondo una pluralità di tipi organizzativi e procedurali, in cui accanto alle istituzioni comunitarie “tradizionali”, assumono sempre maggiore importanza altri apparati, quali i comitati della comitologia, le agenzie europee, le autorità indipendenti ed i soggetti privati che concorrono alle funzioni amministrative.

Sul versante nazionale, invece, la crescente complessità dell'ordinamento comunitario influenza l'assetto organizzativo delle amministrazioni nazionali e le attività amministrative che involgono la cura e la tutela di interessi comunitari, andando ad incidere anche sulla territorializzazione delle politiche europee, causata dai processi di decentramento in corso negli Stati membri²⁹.

Il concetto di integrazione³⁰ ha, conseguentemente, subito una trasformazione, e, dopo un primo periodo in cui le maggiori teorie sul punto hanno ignorato gli aspetti prettamente amministrativi, le successive elaborazioni dottrinali, tenendo conto dei fattori prima citati, hanno riconosciuto alla sfera amministrativa un ruolo rilevante nel processo di integrazione europea³¹.

Diventa, allora, fondamentale descrivere come operano le amministrazioni nazionali che partecipano a procedimenti amministrativi di rilevanza comunitaria e secondo quali modelli avviene il raccordo tra le amministrazioni degli Stati

²⁸ Per R. ROLLI, *I caratteri multilivello del diritto amministrativo europeo*, in *www.giustamm.it*, in un modello *pluriorganizzativo*, come è venuto a conformarsi quello comunitario, “risulta indispensabile stabilire modalità di decisione più elaborate, in funzione della molteplicità degli obiettivi pubblici e del loro intreccio. Ciò determina la differenziazione delle procedure e lo sviluppo della relativa disciplina. Per tale motivo il procedimento, anche nell'ambito comunitario, presenta oggi una forte rilevanza”.

²⁹ Di “europeizzazione delle amministrazioni e dei procedimenti nazionali”, parla F. ASTONE, in *Il processo normativo dell'Unione europea...*, op. cit., 26. Per una ricognizione sul ruolo svolto dalle regioni d'Europa, nell'ambito del sistema comunitario di *governance*, si vedano gli atti del convegno, *The role of the regions in the new European governance* (Barcellona, 28/29 gennaio 2003), pubblicati in *Istituzioni del federalismo*, 2004, fasc. 1; vedi in proposito anche, *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2003, 360 ss., il quale prospetta, al contrario, una funzione ancora marginale degli enti in questione nel sistema di *multi-level governance*. E ancora, da ultimo, G. IURATO, *Le regioni italiane e il processo decisionale europeo: un'analisi neo-istituzionalista della partecipazione*, Milano, 2005.

³⁰ Secondo S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: si-gnorria o integrazione?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2004, 1141, “definire integrazione [amministrativa] questo mondo variegato di raccordi in senso orizzontale e in senso verticale, rappresenta certamente una forzatura”.

³¹ L. AZOULAI, *Gli sviluppi recenti dell'integrazione amministrativa europea attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in S. BATTINI e G. VESPERINI (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006, 99 e ss.; e ancora E. CHITI-C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

membri e quelle comunitarie nelle sequenze procedimentali volte al perseguimento dei fini propri della Comunità.

Illustrare in maniera esauriente tali problematiche non è compito che si può affidare a questo breve scritto. Tuttavia, si cercherà di delineare un quadro di sintesi, passando in rassegna, dapprima, la tematica del procedimento amministrativo europeo ed esaminando, poi, le connessioni esistenti tra le amministrazioni nazionali e quelle comunitarie e le relative figure di composizione, da cui discendono diverse tipologie di processi decisionali.

2. *I procedimenti amministrativi di rilevanza comunitaria*

Il titolo del presente paragrafo, volutamente declinato al plurale, permette di iniziare questa breve disamina, partendo da un dato empirico: non esiste un unico procedimento amministrativo europeo³². Le istituzioni comunitarie hanno optato per una prospettiva del procedimento amministrativo “*sector specific*”, che dà origine a procedimenti di natura e caratteristiche diverse, a seconda delle finalità da perseguire e degli interessi coinvolti, connotando tali procedimenti di una spiccata atipicità, che non permette di effettuare in maniera soddisfacente una ricostruzione del fenomeno in chiave tipologica³³.

Un ulteriore dato, che può rilevarsi senza difficoltà, è il ritardo con cui la scienza giuridica ha avviato gli studi sul procedimento amministrativo di matrice europea³⁴, nonostante l'Unione, al pari degli ordinamenti nazionali, nel perseguimento dei suoi obiettivi, si avvalga in larga misura, oltre che della legislazione e della giurisdizione, anche dell'amministrazione, come dimostrano gli innumerevoli interessi pubblici (ad esempio, la concorrenza, l'agricoltura, la sicurezza degli alimenti, solo per citarne alcuni) curati, in ambito comunitario, mediante forme procedurali amministrative.

Le cause della questione, sopra esposta, risiedono in un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, bisogna notare che nel diritto comunitario, sia originario che derivato, non esiste una disciplina unitaria per l'adozione degli atti amministrativi: manca, in altre parole, un normativa che funga da “canovaccio”³⁵ di tutti

³² J. SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, in (a cura di) F. BIGNAMI-S. CASSESE, *op. cit.*, 127.

³³ S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, *op. cit.*, 1140.

³⁴ G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *op. cit.*, 500 e ss.; E. PICOZZA, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 321.

³⁵ Così L. CUOCOLO, *I processi decisionali nell'amministrazione comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 1/2006, 296.

i procedimenti amministrativi. A fronte, quindi, delle numerose regole riguardanti specifici procedimenti, la normativa di portata generale è scarna, e ancor di più lo sono le disposizioni recanti i principi generali della materia.

Differenti le spiegazioni di questa lacuna nella codificazione: vi è chi nega, in maniera radicale, una competenza comunitaria in materia procedimentale, non potendosi rintracciare un fondamento costituzionale univoco sul punto³⁶; altri giustificano la mancanza di riferimenti normativi organici sul punto, adducendo che a livello comunitario non vi sarebbe necessità alcuna di limitare la discrezionalità amministrativa³⁷.

In secondo luogo, nel disegno originario dei Trattati, è evidente il maggiore spazio riservato alla disciplina degli atti delle istituzioni comunitarie, piuttosto che a quella del procedimento³⁸: vengono, infatti, riportate le diverse categorie di atti, i loro effetti giuridici, e alcune disposizioni comuni, quali l'obbligo di motivazione e di pubblicità, *ex art.* 253 TCE³⁹, nonché l'esperibilità, avverso tali atti, dei rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento. A ciò aggiungasi l'inderminatezza della distinzione tra atti normativi e atti amministrativi riscontrabile nell'ordinamento comunitario, diversamente da quanto avviene negli ordinamenti statali.

Quanto detto conferma che la tematica procedimentale non ha inizialmente ricoperto il rilievo che, in tempi recenti, le si riconosce, e ciò è dovuto, in buona parte, anche all'approccio settoriale più volte richiamato, al quale, tuttavia, hanno cercato di porre rimedio la Corte di giustizia delle Comunità europee e la scienza

³⁶ Cfr. J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1281.

³⁷ La teoria è di C. FRANCHINI, *I procedimenti applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in (a cura di) F. BIGNAMI-S. CASSESE, *op. cit.*, 281 e ss.

³⁸ G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *op. cit.*, 507 e ss., secondo il quale la nozione di atto amministrativo, in ambito comunitario, non ha valore né prescrittivo, né conoscitivo, ma ha soltanto una valenza meramente allusiva della distinzione con la legge.

³⁹ Bisogna specificare che nell'ordinamento comunitario l'obbligo di motivazione riguarda sia i provvedimenti amministrativi che quelli normativi. La giurisprudenza ritiene, altresì, ammissibile anche la motivazione *per relationem*, configurabile allorché, nell'ambito di un procedimento amministrativo composto, l'autorità comunitaria che adotta l'atto finale rinvii ad un atto delle amministrazioni che hanno seguito il segmento nazionale del procedimento misto, o viceversa; sul punto v. Trib. I grado, sent. 12 gennaio 1995, causa T-85/94, commentata da M. VERONELLI, *Il procedimento*, nel volume collettaneo *Diritto amministrativo europeo – Casi e materiali*, Milano, 2005, 143 e ss. Sull'obbligo di motivazione degli atti comunitari esistono molte pronunce della Corte di giustizia CE, ad esempio sent. 21 gennaio 2003 in causa C-378/00 *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, con nota di C. TACCOLA in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, cit., 1578; Trib. I grado, 12 dicembre 2006, causa T-228/02 e Corte giust. CE, sent. 24 giugno 2004, causa C-42/01, *Portogallo c. Commissione*, entrambe in *www.curia.eu.int*; da ultima, *Corte di Giustizia del 7 settembre 2006*, n. 310, in *Diritto&Giustizia*, 2007.

giuridica: la prima attraverso l'elaborazione di un nucleo di principi e regole generali applicabili a tutti i procedimenti amministrativi⁴⁰; la seconda mediante uno sforzo di classificazione e di riconduzione a sistema della casistica procedimentale.

La preferenza accordata dalle fonti del diritto comunitario alla disciplina degli atti, a scapito di quella sui procedimenti, si spiega in quanto l'orientamento tradizionale tendeva a considerare giuridicamente rilevante solo l'atto conclusivo del procedimento, disinteressandosi di tutta l'attività precedente, alla quale veniva riconosciuta una portata meramente interna, senza rilievo autonomo, ed incapace di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei singoli. Le illegittimità degli atti endoprocedimentali, sempre secondo questo iniziale indirizzo, assumevano importanza solo se i loro effetti viziati si riverberavano sulla validità del provvedimento finale, rimanendo, in caso contrario, indifferenti⁴¹.

Dal riconoscimento dell'esistenza di uno stretto collegamento tra i vizi riguardanti la sequenza procedurale e la validità dell'atto finale, la giurisprudenza, ha ricavato il c.d. principio di articolazione⁴², secondo il quale ogni fase, atto e attività dell'*iter* amministrativo, hanno una propria valenza, delle proprie regole, e ove, compromettano in maniera definitiva i diritti delle parti e non siano meri atti preparatori, sono impugnabili con gli ordinari rimedi giurisdizionali⁴³.

In assenza di una legge organica sul procedimento amministrativo, è stata sempre la giurisprudenza ad elaborare un insieme di regole applicabili a ciascuna fase della sequenza procedurale.

L'iniziativa del procedimento è lasciata, perlopiù, ai privati, mentre quando spetta d'ufficio⁴⁴ all'amministrazione e questa rimanga inerte, bisogna distingue-

⁴⁰ Tra gli altri ricordiamo: il principio di legalità, di sussidiarietà, di leale cooperazione, di buona amministrazione, di proporzionalità, di trasparenza e pubblicità. Sui principi generali del diritto comunitario, cfr. R. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eu.*, 2004, 57; nonché J. SCHWARZE, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione europea*, op. cit., 1279, il quale definisce tali principi "...the core and the point of crystallisation of European administrative law today". E ancora A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2005, 597 e ss., che vi annovera, tra gli altri, la libertà, la democrazia e il principio di non discriminazione; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in (a cura di) F. BIGNAMI-S. CASSESE, op. cit., 285; A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., 285 e ss.

⁴¹ Cfr. C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in (a cura di) F. BIGNAMI-S. CASSESE, op. cit., 282.

⁴² E. CHITI-G. DELLA CANANEA, *L'attività amministrativa*, in *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, (a cura di) G. DELLA CANANEA, Milano, 2006, 101.

⁴³ J. SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, in (a cura di) F. BIGNAMI-S. CASSESE, op. cit., 132.

⁴⁴ La Corte europea dei diritti dell'uomo ha equiparato i procedimenti ad iniziativa d'ufficio con esiti potenzialmente sfavorevoli per il privato ai giudizi penali avviati su impulso della pubblica accusa.

re se si tratti di una amministrazione comunitaria o nazionale⁴⁵. Nella prima ipotesi, sarà esperibile un ricorso in carenza da parte dei privati che vantino un interesse giuridicamente rilevante alla emanazione dell'atto, purché quest'ultimo non sia un regolamento. Nel secondo caso, invece, i privati interessati a che l'amministrazione nazionale avvii un procedimento di rilevanza comunitaria potranno segnalare l'inadempienza alla Commissione, che deciderà se aprire o meno una procedura di infrazione.

L'avvio del procedimento deve essere comunicato ai soggetti diretti destinatari degli effetti dell'atto finale, attraverso una comunicazione personale (ad esempio, mediante notifica) oppure con mezzi di pubblicità diffusi, quali la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Comunità o sui siti internet ufficiali delle istituzioni comunitarie.

Una volta esaurita questa prima fase, la pubblica amministrazione, nazionale o comunitaria, cui spetta la conduzione di tutta la procedura o di un segmento di essa, deve curare l'istruttoria procedimentale, sulla quale la giurisprudenza della Corte di giustizia ha appuntato in maniera particolare la sua attenzione, attesa l'importanza che questa fase riveste nell'economia procedimentale.

Dal più generico principio del giusto procedimento⁴⁶, in virtù del quale l'autorità amministrativa può imporre le proprie decisioni solo dopo aver acquisito tutti gli elementi necessari e aver concesso ai privati la possibilità di esporre le proprie ragioni, deriva come primo corollario, che la pubblica amministrazione si deve adoperare per giungere ad una rappresentazione degli elementi di fatto e di diritto esatta e completa, di cui deve tenere adeguatamente conto in sede decisionale⁴⁷. Il contrasto tra le risultanze dell'istruttoria e il provvedimento finale, l'istruttoria difettosa o il travisamento dei fatti causato da una loro erronea qualificazione, comportano una invalidità derivata dell'atto conclusivo, che sarà, dunque, illegittimo.

Per poter arrivare ad avere un quadro decisionale completo, come richiesto dalla giurisprudenza, l'amministrazione deve acquisire gli elementi giuridici e fattuali che compongono il caso di specie, consentendo l'intervento nel procedimento amministrativo ai privati⁴⁸, attraverso il concreto esercizio di due diritti: il diritto ad essere sentiti, nel rispetto del principio del contraddittorio⁴⁹, ed il diritto ad ottenere informazioni sui documenti delle istituzioni comunitarie.

⁴⁵ La distinzione è di G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., 516.

⁴⁶ Trib. I grado, sent. 21 marzo 2001, causa T-206/99, in *Racc.* [2001], II, 1057.

⁴⁷ Trib. I grado, sent. 28 gennaio 1999, causa T-14/96, in *Racc.* [1999], II, 139.

⁴⁸ Il principio di partecipazione al procedimento, assimilabile nella sua formulazione a quello del contraddittorio, assurge a principio fondamentale dell'ordinamento comunitario. In particolare, nei procedimenti amministrativi composti possono intervenire anche le amministrazioni nazionali, v. M. VERONELLI, *Il procedimento*, op. cit., 128 e ss.

⁴⁹ S. ANTONAZZI, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 641 e ss., in cui l'Autrice affronta il tema del rispetto e della

Il diritto ad essere ascoltati è stato formulato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee⁵⁰, facendo riferimento alla CEDU e a principi analoghi già esistenti negli ordinamenti degli Stati membri. Tale diritto è riconosciuto a tutti i soggetti cui è stato comunicato l'avvio del procedimento e a quelli portatori di interessi diffusi, che intervengano successivamente, in quanto il provvedimento potrebbe recare loro un pregiudizio. I soggetti coinvolti devono essere messi in condizione di poter esercitare il loro diritto di difesa in contraddittorio con la pubblica amministrazione, introducendo nel procedimento il proprio punto di vista, prima che il provvedimento inizi a svolgere i suoi effetti⁵¹.

Il diritto ad ottenere informazioni sui documenti delle istituzioni comunitarie⁵² può essere fatto valere sia in un procedimento amministrativo in corso⁵³, che al di fuori di esso, costituendo in ogni caso, un importante strumento di attuazione del principio democratico⁵⁴. Il diritto in esame è riconosciuto alle persone fisiche e alle persone giuridiche, a prescindere dal fatto che siano residenti o abbiano la sede sociale in uno Stato membro⁵⁵.

L'ambito oggettivo di esplicazione del diritto in esame riguarda tutti i documenti, detenuti dalle istituzioni comunitarie, qualsiasi supporto abbiano (magnetico, cartaceo, digitale, audio, video), purché siano attinenti a politiche dell'Unione.

L'istanza di accesso deve rivestire la forma scritta (non sono ammesse istanze informali), deve essere redatta in una qualsiasi delle lingue dell'Unione, e qualora non sia motivata, l'amministrazione potrà richiedere eventuali chiarimenti.

evoluzione del principio in esame attraverso il prisma della giurisprudenza, soprattutto con riferimento ai procedimenti composti, nel confronto con la normativa nazionale.

⁵⁰ Il diritto ad essere ascoltati nel corso del procedimento amministrativo è stato affermato già nel lontano 1963 dalla Corte di giustizia nella sentenza *Alvis*, laddove viene riconosciuto come principio di diritto amministrativo ammesso in tutti gli Stati membri della Comunità, in conformità alle esigenze di giustizia e buona amministrazione. Successivamente si ricordano: Tribunale di primo grado, sez. I, 9 novembre 1995, *France Aviation c. Commissione*, causa T-346/94; Corte di giust. CE, causa C-269/90, *Technische Universitaet Muenchen c. Hauptzollamt Muenchen-Mitte*, Tribunale di primo grado, sez. I, 6 dicembre 1994, *Liesrestal e altri c. Commissione*, causa T-450/93; e ancora, causa T-42/96, *Eyckeler & Malt AG c. Commissione*.

⁵¹ Per una approfondita analisi, con numerosi riferimenti giurisprudenziali, sul diritto ad essere sentiti e su altri diritti come quello alla trasparenza dell'azione amministrativa, v. F. BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in (a cura di) F. BIGNAMI-S. CASSESE, *op. cit.*, 87 e ss.

⁵² Si veda il reg. n. 1049 del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti di Parlamento, Consiglio e Commissione, per il quale la politica di trasparenza sancita dall'art. 1, n. 2, del TUE deve garantire una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione; cfr. M. VERONELLI, *Il procedimento*, *op. cit.*, 151 e ss.

⁵³ Sul diritto di prendere visione degli atti endoprocedimentali, v. Trib. I grado, sent. 11 luglio 2002, causa T-205/99, su www.curia.eu.int

⁵⁴ A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, *op. cit.*, 597 ss.

⁵⁵ A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 446 e ss.

La richiesta, ove accolta, consente di prendere visione ed estrarre copia dei documenti, anche in formato elettronico; qualora la divulgazione del documento sia dannosa per interessi pubblici (ad esempio la sicurezza) o privati (ad esempio la riservatezza o il segreto industriale) l'istanza potrà essere respinta, motivatamente, entro un termine massimo, residuando in capo al richiedente la possibilità di adire il giudice comunitario⁵⁶.

Venendo ora alla fase conclusiva del procedimento amministrativo, meritano alcune rapide osservazioni due aspetti peculiari del diritto comunitario: la durata del procedimento e il silenzio della pubblica amministrazione.

Quanto al termine di conclusione del procedimento, non è previsto in generale per tutti i tipi di procedimenti, ma vale il principio del termine ragionevole, in base al quale la durata dell'attività amministrativa deve essere, di volta in volta, rapportata al tipo di procedimento posto in essere⁵⁷.

Infine, per quel che riguarda l'adozione del provvedimento amministrativo, si specifica che quest'ultimo deve essere espresso, deve recare una adeguata motivazione ed essere comunicato tempestivamente ai destinatari. Manca, infatti, nell'ordinamento comunitario una previsione che dia rilevanza al silenzio della pubblica amministrazione e, in ogni caso, l'inerzia che quest'ultima dovesse mantenere, al momento dell'adozione dell'atto finale, viene vista con un certo disfavore dall'ordinamento comunitario, a differenza dell'ordinamento interno, in cui il silenzio, e in particolare il silenzio assenso di cui all'art. 20 della legge n. 241 del 1990, è ammesso quale forma "normale" di conclusione del procedimento amministrativo⁵⁸.

3. *Le figure di composizione riguardanti l'attività*

La nozione di procedimento amministrativo tradizionalmente intesa, a parere di alcuni studiosi⁵⁹, non può essere utilizzata con riferimento ai procedimenti composti⁶⁰, nonostante si tratti di modelli prettamente procedimentali, più che

⁵⁶ Trib. I grado, sent. 15 aprile 2005, causa T-2/03, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 28.

⁵⁷ Corte giust. CE, sent. 1 giugno 1994, causa C-136/92, in *Racc.* [1994], I, 1981; Trib. I grado, sent. 19 marzo 1997, causa T-73/95, in *Racc.* [1997], II, 381.

⁵⁸ Cfr. C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in (a cura di) F. BIGNAMI-S. CASSESE, *op. cit.*, 71.

⁵⁹ Critico sul punto E. PICOZZA, *op. cit.*, 312. Le motivazioni di quanto affermato

⁶⁰ Sulla argomento, M. P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997; per F. MANETTO, *I procedimenti composti nazionali e comunitari*, in *www.diritto.it*, "i procedimenti composti sono procedimenti che si articolano in fasi nazionali e comunitarie, aperti a combinazioni di interessi di vario genere, e si concludono con provvedimenti finali in certi casi della Comunità, in altri dello Stato membro".

organizzativi, in quanto gli stessi presentano alcune evidenti peculiarità che li distinguono dagli altri procedimenti amministrativi: in primo luogo rileva il dato strutturale in quanto essi presentano una scansione variabile della sequenza procedimentale, che non si esaurisce né nella sfera comunitaria né in quella nazionale, anzi si articola in più fasi e atti intermedi, che precedono l'atto finale e si pongono rispetto ad esso in relazione funzionale, ma non necessariamente servente; essi rappresentano, inoltre, un prezioso strumento di composizione dei vari interessi pubblici e privati implicati nel processo decisionale e, quindi, la loro strutturazione è consequenziale ai fini specifici che sono volti a curare.

Un ulteriore elemento di cui bisogna tener conto è il fatto che le combinazioni di elementi che configurano i singoli procedimenti composti non sono giuridicamente definite e contraddistinte da una disciplina comune, in quanto, come specificato in precedenza, nell'ordinamento comunitario, al contrario degli ordinamenti giuridici nazionali che sono dotati di norme generali o residuali sulla materia, vi sono soltanto prescrizioni dettagliate su alcune specie di procedimenti amministrativi, ovvero delle norme sparse, da cui possono, eventualmente, estrarsi delle regole comuni.

Il passaggio dai procedimenti semplici a quelli composti⁶¹, che costituiscono uno dei principali fattori di crisi del principio della autonomia procedimentale degli Stati membri, è avvenuto a seguito del superamento del modello originario di esecuzione indiretta, basato sullo schema decisione comunitaria – esecuzione nazionale, in quanto lo stesso non era più rispondente alle esigenze di una Comunità che, nel corso del tempo, ha incrementato i suoi ambiti di intervento e, parallelamente, le sue funzioni amministrative⁶².

Ne è derivato un sistema decisionale complesso e policentrico⁶³, in cui intervengono, a diverso titolo e in diversi tempi, secondo dinamiche che non sono quelle tipiche della divisione dei poteri, bensì della interazione e della commistione degli stessi, sia amministrazioni nazionali che comunitarie⁶⁴, le quali

⁶¹ Cfr. F. ASTONE, *Riforma della p.a. e ordinamento comunitario*, in *Riv.trim. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 60.

⁶² Per S. CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in L. VANDELLI-C. BOTTARI-D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Quaderni della Spisa – Università di Bologna, n. 1, 1994, 17, "l'amministrazione europea nasce come un corpo amministrativo retto dal principio della enumerazione delle materie. Tuttavia, questo principio è stato successivamente superato in diversi modi. In primo luogo attraverso l'uso dei "poteri impliciti"; in secondo luogo, attraverso la "comunitarizzazione" di materie prima nazionali e il loro "inquadramento" nell'attività comunitaria. [...] In terzo luogo, le comunità hanno ampliato i loro compiti estendendoli, con il Trattato di Maastricht, alle *competences régaliennes*, quali la moneta, la difesa, i rapporti con l'estero, l'ordine pubblico e la giustizia".

⁶³ Al riguardo F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione europea...*, op. cit., 24, parla di un'autorità decisionale "diffusa e frammentata".

⁶⁴ Gli organismi nazionali e comunitari coinvolti nei procedimenti composti sono alquanto di-

contribuiscono a realizzare strutture decisionali mutevoli (quanto a soggetti, articolazione della sequenza procedurale ed esiti cui la stessa perviene), astrattamente riconducibili all'idea dell'*arena pubblica*⁶⁵.

Una prima classificazione, diffusa tra gli studiosi della materia⁶⁶, distingue, sotto un profilo logico e temporale, tra procedimenti *top-down*, in cui l'atto finale è emanato dalle amministrazioni nazionali; *bottom-up*, in cui, al contrario dei precedenti, la prima fase si svolge in sede nazionale, mentre l'organo decidente è un'amministrazione comunitaria; e, infine, procedimenti misti, caratterizzati da una compresenza di elementi del primo e del secondo tipo e, in tal caso, la procedura va divisa in due parti: nella prima parte l'organo decidente è l'amministrazione nazionale, mentre quella comunitaria svolge un ruolo di organo interveniente; nella seconda fase le parti si invertono: la Commissione diviene organo decidente e le amministrazioni svolgono un ruolo di interventori⁶⁷.

Ancora, vi è da precisare che alcuni procedimenti composti esauriscono i propri effetti all'interno degli apparati pubblici, trattandosi di meri procedimenti strumentali; altri, invece, hanno natura finale, influenzando direttamente sulla sfera giuridica degli interessati e sono, dunque, più complessi.

Tuttavia, i raccordi tra i diversi livelli di governo, che partecipano al *policy making* comunitario⁶⁸, non si dipanano soltanto verticalmente, ma anche in linea orizzontale, dando vita a momenti di attività comuni, che culminano con la definizione di intese e negoziazioni multilaterali, di cui spesso sono parte anche attori privati, e che costituiscono il tratto caratteristico del modello europeo di *governance*⁶⁹.

versi e non sempre si tratta di amministrazioni preesistenti nell'ordinamento nazionale in quanto, non di rado, vengono creati ad *hoc* gli apparati amministrativi necessari, e, inoltre, vi rientrano anche quegli osservatori o comitati, che svolgono un ruolo fondamentale nel modello del concerto regolamentare europeo.

⁶⁵ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 e ss.

⁶⁶ COSÌ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo...*, op. cit., 35 e ss.; F. ASTONE, *il processo normativo dell'Unione europea...*, op. cit., 80; L. CUOCOLO, *I processi decisionali nell'amministrazione comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 1/2006, 297.

⁶⁷ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo [...]*, op. cit., 44.

⁶⁸ S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, op. cit., 1139, individua sette differenti tipologie di procedimenti amministrativi composti: i procedimenti strettamente nazionali, ma interamente disciplinati dalla norma comunitaria; i procedimenti nazionali, di cui l'ordinamento comunitario fissa solo i criteri di svolgimento; i procedimenti in cui la fase istruttoria è condivisa, ma la decisione spetta alle autorità comunitarie; i procedimenti in cui, oltre la fase istruttoria, anche quella decisionale è comune ai due livelli di amministrazione; i procedimenti per i quali l'istruttoria è nazionale, mentre la decisione è comunitaria; i procedimenti che si svolgono a livello comunitario, eccezion fatta per l'esecuzione strumentale; infine, i procedimenti amministrativi comunitari la cui attivazione interrompe quelli nazionali.

⁶⁹ La pluralità degli interessi pubblici, privati e collettivi in gioco rendono necessario, nei casi più delicati il ricorso a forme di negoziazione multilaterali, volte al raggiungimento di un accordo,

In dottrina⁷⁰, vi è ancora chi individua, ulteriori tipologie di procedimenti, che presentano alcuni tratti di differenziazione rispetto a quelli composti: i procedimenti incidentali, che si aprono nel corso di un altro procedimento, ma senza avere con questo un nesso giuridico o curare i medesimi interessi; i procedimenti collegati, aventi, a differenza dei procedimenti composti, uno svolgimento autonomo e, perciò, non unitario, pur essendo legati tra loro nel perseguimento delle stesse finalità; da ultimi, i procedimenti complessi, rivolti a comporre una pluralità di interessi pubblici, che si avvicinano molto alla figura dei procedimenti composti, perlomeno sotto il profilo funzionale.

I procedimenti composti⁷¹, che ad una prima valutazione possono rivelarsi quali indicatori di una pregiudizievole frammentazione procedurale⁷², finiscono per agevolare il coordinamento tra le singole fasi che compongono la procedura, e, al tempo stesso, favoriscono la cooperazione tra le diverse amministrazioni coinvolte nel processo decisionale, favorendo, al tempo stesso, uno svolgimento armonizzato e fluido della sequenza procedimentale.

4. *Le amministrazioni nazionali operanti in funzione comunitaria*

L'inadeguatezza sopravvenuta del modulo organizzativo della esecuzione indiretta nel sistema composito della *governance* europea, ha reso necessario imprimere un nuovo impulso al processo di integrazione amministrativa, sia attraverso i Trattati che per il tramite del diritto derivato, con la creazione di una fitta e cangiante rete di connessioni tra i sistemi amministrativi della Comunità e degli Stati membri, in cui il ruolo svolto dalle amministrazioni nazionali, preordinate alla cura di interessi pubblici comunitari, è diventato anche produttivo di importanti ricadute sugli aspetti organizzativi e strutturali delle amministrazioni stesse.

L'assetto organizzativo dell'amministrazione comunitaria si è arricchito, infatti, degli uffici nazionali che dipendono da istituzioni comunitarie. In tal modo, anche, il sistema amministrativo nazionale si è evoluto⁷³, adeguandosi a quello

cui si perviene sia in seno al Consiglio, che all'interno dei comitati. Ed è proprio l'utilizzo dei comitati, come luogo di conciliazione dei contrapposti interessi delle parti coinvolte nel processo decisionale, che costituisce una peculiarità comune ai diversi tipi di procedimenti composti.

⁷⁰ G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in (a cura di) F. BIGNAMI-S. CASSESE, *op. cit.*, 324.

⁷¹ Secondo alcuni autori, i procedimenti amministrativi composti assumono nell'ordinamento comunitario anche una valenza organizzativa, cfr. sul punto G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *op. cit.*, 525; e ancora si consenta di rinviare a L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2005, 389 e ss.

⁷² R. ROLLI, *I caratteri multilivello del diritto amministrativo europeo*, *op. cit.*, 28.

⁷³ Su cui le osservazioni di S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim.dir. pubbl.* 1988, 374.

comunitario ed esaltando gli aspetti legati all'integrazione amministrativa tra i due ordinamenti, stante la presenza di una serie coordinata di collegamenti tra i diversi sistemi: può accadere da un lato, che gli apparati amministrativi nazionali collaborino nello svolgimento di attività decisorie comunitarie; dall'altro, che apparati nazionali svolgano in via autonoma i compiti connessi alla funzione comunitaria ad essi attribuita. Sotto tale aspetto, quindi, dal punto di vista amministrativo l'ordinamento comunitario è orientato verso una connotazione *multiorganizzativa*⁷⁴, che pur presentando chiari caratteri di disomogeneità, rivela, tuttavia, importanti fattori aggreganti.

Si è parlato a tal proposito di "amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"⁷⁵: tuttavia, questa espressione non deve lasciar pensare alle amministrazioni nazionali come mere esecutrici delle decisioni delle istituzioni comunitarie, e a queste legate solo dal rispetto di vincoli normativi; né, tanto meno, le attività espletate dalle amministrazioni nazionali possono considerarsi quali ultime e ininfluenti propaggini di un procedimento amministrativo, che ha visto lo svolgersi delle sue fasi più rilevanti in ambito comunitario.

Tale fenomeno investe ambiti sempre più ampi, incrementando l'attività comunitaria delle amministrazioni nazionali e favorendo il sorgere di raccordi, anche di tipo organizzativo, oltre che procedimentale, quale riflesso di una articolazione delle funzioni che sono sempre più condivise tra la Comunità e gli Stati membri e sempre meno esclusive⁷⁶.

La distribuzione delle funzioni tra l'amministrazione comunitaria e le amministrazioni nazionali si attua sia in forma differenziata ricadendo, rispettivamente, sulla prima l'adozione delle decisioni e sulle altre la loro esecuzione, che in forma paritetica, mediante una partecipazione contestuale dei soggetti pubblici coinvolti nelle varie fasi del processo decisionale.

In realtà, il ruolo svolto dalle amministrazioni nazionali presenta alcuni tratti particolarmente caratterizzanti⁷⁷.

In primo luogo, esse svolgono funzioni amministrative in contitolarità con

⁷⁴ R. ROLLI, *I caratteri multilivello del diritto amministrativo europeo*, op. cit., 28.

⁷⁵ E. CHITI-C. FRANCHINI, *Le figure organizzative*, in *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, op. cit., 79.

⁷⁶ Per L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, 5, la comunione delle funzioni ha come conseguenza che "le amministrazioni, nella cura concreta degli interessi di cui sono portatrici, sono spinte a considerare anche altri interessi la cui matrice non è solo nazionale ma anche comunitaria oppure riconducibile ad un altro Stato appartenente all'Unione europea".

⁷⁷ La compenetrazione all'interno del livello di governo sopranazionale determina l'acquisizione, da parte delle amministrazioni statali, di una "natura anfibiologica di organi nazionali ma, al contempo, posti in un'unica istituzione amministrativa europea che ha il suo vertice nella Commissione", v. R. Manfellotti, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, p. 44.

le amministrazioni poste sul piano sovranazionale⁷⁸, attraverso una ripartizione dei compiti tra sedi di potere distinte, ma complementari, e a volte indispensabili⁷⁹, le une per le altre, seppure la disciplina sia prevalentemente di origine comunitaria⁸⁰.

Un ulteriore aspetto peculiare si rinviene nella circostanza che la disciplina comunitaria, in alcune materie, influenza le autorità interne solo sul piano funzionale, ovvero sul piano della suddivisione di poteri e attività; in altri settori, invece, interessa anche gli aspetti strutturali, plasmando organizzazione e modelli amministrativi nazionali e sottraendo o limitando la possibilità per gli Stati membri di effettuare scelte discrezionali sul piano prettamente organizzativo⁸¹.

In tal modo viene a cadere ogni distinzione tra i due sistemi amministrativi, nazionale e comunitario, spettando, in particolare, al primo compiti esecutivi e al secondo, soprattutto, compiti di controllo e vigilanza⁸².

Tale mutamento è avvenuto, per larga parte, mediante le norme di diritto derivato, che dettano le regole concrete di ciascun settore, non limitandosi, però, a mettere in comune le relative funzioni, ma condizionando, anche, il legislatore statale, fino a determinare gli aspetti legati all'organizzazione e all'attività delle amministrazioni interne⁸³, interessate alla realizzazione dei fini propri della Comunità.

Si può affermare che, ove vi sia già all'interno dello Stato una amministrazione preposta al governo di un determinato ambito, essa diverrà titolare delle

⁷⁸ L. SALTARI, *op. cit.*, 6, distingue tra "comunitarizzazione" e "comunione" delle funzioni: nel primo caso, si hanno funzioni rette dal diritto comunitario ed eseguite direttamente dagli stessi apparati sovranazionali; nel secondo caso, invece, la funzione ha una prevalente disciplina comunitaria, ma la sua cura concreta è affidata ad apparati nazionali, che agiscono in concerto con altri Stati membri e con le istituzioni comunitarie. In quest'ultima ipotesi le amministrazioni nazionali sono in rapporto di "doppia agenzia" rispondendo sia all'ordinamento comunitario che a quello interno in cui sono strutturate.

⁷⁹ È ciò che avviene con l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, che esercita sul piano nazionale importanti compiti in materia di aiuti in agricoltura, secondo uno schema "di imputazione globale sul piano funzionale e di imputazione diretta sul piano operativo", cfr. E. CHITI-C. FRANCHINI, *Le figure organizzative*, in *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, *op. cit.*, 79.

⁸⁰ Sui sistemi comuni europei di cui fanno parte anche le amministrazioni nazionali, v. M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *op. cit.*, 461.

⁸¹ S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 329 e ss.

⁸² Ad esempio, la materia dei finanziamenti a sostegno della PAC, risponde ad un modello di integrazione parzialmente accentrato in sede comunitaria, che risponde ad esigenze di vigilanza affinché le risorse comuni non vadano sperperate dagli organismi pagatori statali o regionali.

⁸³ Secondo L. SALTARI, *op. cit.*, 72, queste amministrazioni concorrono in una logica di condivisione del lavoro alla cura concreta della funzione comune, in modo tale che esse sono necessarie, in quanto gli Stati membri sono tenuti a istituire o designare una propria amministrazione responsabile, e allo stesso tempo non sono autosufficienti.

funzioni delineate in sede comunitaria, mentre, in caso contrario, lo Stato membro dovrà procedere alla costituzione di un organismo *ad hoc* (come è avvenuto, ad esempio, con l'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura).

Rimane chiaro che pur sforzandosi di individuare dei tratti che si ripetono, con regolarità, per ogni settore di intervento della Comunità, il dato di differenziazione rimane costante, impedendo una trattazione della questione, che non faccia riferimento, appunto, alle specificità dei singoli ambiti di intervento dell'ordinamento comunitario.

5. *Le figure di composizione riguardanti l'organizzazione*

La significativa varietà dei procedimenti composti rende l'idea di come nel sistema amministrativo europeo vadano, nel tempo, aumentando le forme di collegamento procedurale tra le amministrazioni nazionali e quelle comunitarie.

Il superamento dell'originario federalismo di esecuzione⁸⁴, quale conseguenza di una estensione delle competenze dell'Unione⁸⁵, ha sollecitato il processo di integrazione tra gli apparati di amministrativi comunitari e nazionali, portando allo sviluppo di un modello di amministrazione di tipo integrato⁸⁶, in cui spicca l'accentuata "funzionalizzazione dell'attività delle amministrazioni degli Stati membri all'interesse comunitario"⁸⁷.

Ciò ha dato luogo alla elaborazione di una serie di modelli organizzativi, oltre che procedurali, la cui funzione è quella di comporre, e, quindi, agevolare, l'esercizio condiviso delle funzioni ripartite tra i diversi livelli di governo, determinando un intreccio sempre più intenso, sia in senso verticale, tra ammi-

⁸⁴ Per S. MANGIAMELI, *L'amministrazione fra integrazione, unificazione e Verflechtung europea*, relazione al convegno della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Catania, ottobre 2005, è in atto un processo di reale ed effettiva commistione tra gli ordinamenti, in quanto, accanto ai noti modelli di amministrazione diretta e indiretta, sta emergendo il modello della *Verflechtung*, che si presenta misto nel momento della esecuzione, pur sussistendo a monte una disciplina unica posta in sede europea.

⁸⁵ A far crollare il vecchio sistema dell'amministrazione diretta ed indiretta hanno contribuito le modificazioni che riguardano le materie dove l'Unione Europea è chiamata ad operare. Si tratta dell'attribuzione di nuove materie e dell'ampliamento dell'azione dell'Unione in materie già assegnate. In merito S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 3, 329.

⁸⁶ Per una panoramica sui modelli di collegamento organizzativo e procedurale tra amministrazioni comunitarie e nazionali, cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, op. cit., 1135; sottolinea il carattere pluralista dell'amministrazione comunitaria, F. MERUSI, *L'organizzazione comune dei regolatori dell'energia elettrica e del gas*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1385 e ss.

⁸⁷ C. FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, 1999, 15.

nistrazione comunitaria e amministrazioni nazionali, ma anche in senso orizzontale, tra le stesse amministrazioni nazionali impegnate nello svolgimento di funzioni comunitarie.

L'esercizio dell'azione amministrativa prevede, dunque, una coesistenza e interdipendenza di organismi nazionali, sovranazionali e, talora, di organismi misti⁸⁸, integrati in "sistemi comuni" di amministrazione⁸⁹.

Le norme procedurali ripartiscono le attribuzioni in materia tra l'ufficio comunitario e le autorità nazionali, secondo un criterio di complementarità, basato sulla distinzione tra attività decisionale ed attività esecutiva. In termini giuridici, ciò avviene attraverso rapporti di ausiliarità reciproca, nei quali un ufficio è chiamato a svolgere compiti strumentali rispetto alla decisione finale, che spetta ad un altro apparato. In altre fattispecie, invece, l'obiettivo dell'interdipendenza è realizzato attraverso una costruzione più elaborata, in cui le diverse amministrazioni titolari di attribuzioni sono rese, appunto, interdipendenti attraverso rapporti di equiordinazione, in base ai quali un determinato ufficio, allorché eserciti una propria potestà, è tenuto a far partecipare al procedimento una seconda amministrazione. In tale ipotesi i pubblici poteri nazionali svolgono un duplice ruolo, di amministratori, come coautori dell'attività amministrativa, e di parti interessate, nel caso di conflitto, la cui composizione è attribuita alle autorità sovranazionali.

Il modello di esercizio congiunto delle funzioni comunitarie⁹⁰ può assume-

⁸⁸ Il riferimento è, anzitutto, ai comitati, organi specializzati a composizione mista, di cui fanno parte funzionari comunitari ed esperti delle burocrazie nazionali, ma anche soggetti espressione di interessi privati, che svolgono funzioni latamente amministrative, concretizzandosi in attività preparatorie (gruppi di lavoro), ovvero in attività di controllo (comitati consultivi, di gestione e di regolazione) delle decisioni assunte dalla Commissione; in dottrina sul sistema dei comitati della c.d. "comitatologia", v. M. SAVINO, *I comitati dell'Unione europea: la collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005; sempre dello stesso autore, *I comitati europei e il procedural supranationalism: il "terzo" carattere della sopranazionalità europea*, in BATTINI – VESPERINI, op. cit., 31; E. CHITI e C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea: un profilo*, Bologna, Il Mulino, 2003, 24 ss.; G. DELLA CANANEA, *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità Europee: la questione della comitatologia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 655 ss.

⁸⁹ E. CHITI, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale nella disciplina procedurale dei "sistemi comuni"*, in G. FALCON (a cura di), *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi dell'Unione europea*, Padova, 2005; M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in op. cit., 461, parla di "moduli relazionali elastici" e "formule organizzatorie più complesse" che definiscono un sistema di "amministrazione a rete"; e ancora sul concetto di "amministrazione integrata", vedi F. PIZZETTI, *Sistema comunitario e amministrazioni nazionali*, in AIC - Annuario 1999, *La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno Annuale, Perugia 7-8-9 ottobre 1999*, Padova, 2000, 200.

⁹⁰ Cfr. F. LAZZARO, *Il modello di esecuzione indiretta e lo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in www.cahiers.org; sul modello della *coamministrazione*, Corte giust. CE, sent. 25 gennaio 2001, *DAFSE c. Frola Azul-Transportes e Turismo Lda*, causa C-413/98, in *Racc.*, 2001, I-673, e sent. 10 gennaio 2002, *The Queen c. Intervention Board for Agricultural Produce*, causa C-101-99, in *Racc.*, 2002, I-205.

re diverse forme: la coamministrazione, modello elaborato, intorno alla metà degli anni ottanta del secolo XIX, e di particolare interesse ai fini del presente lavoro, in quanto tipico delle normative europee relative al settore dell'agricoltura⁹¹; l'integrazione decentrata, legata al processo di *agencification* che inizia ad affermarsi nei primi anni '90; il concerto regolamentare europeo, emerso di recente nel diritto positivo comunitario; e le reti transnazionali di autorità indipendenti, ancora in corso di consolidamento⁹².

Il modello della coamministrazione⁹³ presuppone la contitolarità della medesima funzione in capo a soggetti distinti, operanti in stretta connessione tra loro, la presenza dei quali è reciprocamente necessaria. Lo scopo perseguito è unitario, riguardando sia la Comunità, che gli Stati membri; tuttavia, la normativa comunitaria affida, in modo formale e obbligatorio, ad una autorità nazionale, spesso appositamente istituita, la titolarità del compito di svolgere una determinata azione, indispensabile per la realizzazione degli obiettivi propri della Comunità, vigilando affinché gli interessi particolari che si determinano in sede locale, non prevarichino gli interessi sopranazionali⁹⁴. Questi organismi esercitano i poteri di volta in volta stabiliti dalla fonte sovranazionale, ma fanno parte degli Stati membri, dato che la loro organizzazione è in parte disciplinata anche da disposizioni di diritto nazionale. Può, dunque, affermarsi che questi organismi hanno natura mista, in quanto la loro regolamentazione proviene da fonti differenti⁹⁵.

Alla luce di quanto detto, si possono individuare gli aspetti salienti e caratteristici del modello di coamministrazione. Bisogna partire dalla considerazione

⁹¹ Un esempio si può ritrovare nel settore degli aiuti all'agricoltura. In Italia l'amministrazione a esso preposta era l'AIMA, l'Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo, che aveva assunto la fisionomia di organismo d'intervento a natura mista, proprio in virtù della riconducibilità degli atti emanati sia alla tradizionale sfera nazionale, sia all'acquisita vocazione comunitaria: in entrambe le situazioni tali atti venivano imputati all'Azienda e non alla Commissione, come si verifica, invece, nell'esecuzione diretta. L'AIMA era un'azienda autonoma dotata di personalità giuridica e di autonomia organizzativa e contabile. Oggi l'AIMA, a seguito del d.lgs. 27/5/1999, n. 165, è stata soppressa e sostituita dall'AGEA, Agenzia per le erogazioni in agricoltura. L'AGEA, ente di diritto pubblico, è organismo di coordinamento con la Comunità, rispetto alla quale è responsabile degli adempimenti connessi alla gestione degli aiuti. In tale sua attività principale, l'AGEA va distinta dagli organismi pagatori (ARCEA, AVEPA e altri), istituiti nelle singole regioni e province autonome al fine di erogare, sotto la propria responsabilità, le somme dei fondi FEAGA e FEASR.

⁹² Cfr. E. CHITI, *I modi di composizione*, in *Diritto amministrativo europeo: casi e materiali*, op. cit., 159.

⁹³ Settore esemplare in cui trova attuazione il modello della *coamministrazione* è quello dei Fondi strutturali; per un primo studio sul tema, v. C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione nazionale. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, op. cit., 220.

⁹⁴ E. CHITI-C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, op. cit., 61.

⁹⁵ C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione nazionale. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, op. cit., 221.

che si tratta di una funzione unica, la cui titolarità è attribuita a soggetti distinti che, ai fini del raccordo tra i momenti della decisione comunitaria e dell'esecuzione, operano in stretta connessione tra loro, sulla base di un rapporto di necessarietà (in quanto l'attività di uno è essenziale per l'altro). In tale modello, l'elemento funzionale assume rilievo maggiore rispetto a quello soggettivo e, a fronte di una funzione unica, il dato organico risulta, in pratica, moltiplicato: ciò accade sia per esigenze di reciproco controllo tra le amministrazioni nazionali e la Commissione, sia in virtù della localizzazione territoriale degli interessi e delle funzioni comunitarie. A questi elementi, se ne aggiunge un terzo: l'espressa previsione da parte della normativa comunitaria dell'affidamento ad un'autorità nazionale dei compiti di esecuzione. Questi organismi di intervento non appartengono in via esclusiva al livello sovranazionale o a quello interno, ma hanno natura mista, poiché la loro regolamentazione deriva da fonti differenti, di natura comunitaria e nazionale⁹⁶.

Infine, gli ultimi aspetti caratterizzanti il modello della coamministrazione riguardano i rapporti che intercorrono tra le istituzioni comunitarie e gli organismi di intervento. Questi rapporti si caratterizzano per la necessarietà e la normalità: la normativa comunitaria prevede formalmente che la realizzazione della funzione sia affidata in via esclusiva agli organismi statali, senza stabilire altre possibilità d'azione. Da ciò, ne deriva che il trasferimento della funzione risulta indispensabile, quale modo naturale di esplicazione del potere comunitario, trattandosi di una soluzione organizzativa ad un problema connaturato alla struttura stessa dell'amministrazione comunitaria.

In sintesi, la figura della coamministrazione si concreta in un assetto alquanto articolato dell'azione amministrativa, orientato verso lo sviluppo di un sistema di amministrazione comune, caratterizzato dallo svolgimento congiunto di attività facenti capo ad una funzione identica, ma realizzabile solo con un intervento reciproco di amministrazioni comunitarie e nazionali⁹⁷.

Verso la fine del secolo scorso, le collaborazioni tra le amministrazioni nazionali e tra quest'ultime e quella comunitaria si sono intensificate ed articolate ulteriormente. Ciò è stata la premessa per la creazione di un nuovo modello di esercizio congiunto delle funzioni comunitarie, definito "amministrazione o integrazione decentrata"⁹⁸. Si tratta di un modello più avanzato ed elaborato⁹⁹ di

⁹⁶ F. MANETTO, *I procedimenti compositi nazionali e comunitari*, op. cit., 7.

⁹⁷ Come fa notare C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione nazionale. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, op. cit., 220, la crisi della concezione soggettiva della pubblica amministrazione, per cui un'autorità amministrativa si definisce in relazione al soggetto cui perviene, trova ulteriore conferma in questa caratteristica degli organismi di intervento del modello della coamministrazione: infatti è il criterio funzionale quello che deve essere seguito nella determinazione di cosa debba intendersi per pubblica amministrazione.

⁹⁸ E. CHITI e C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, op. cit., 72.

⁹⁹ E. CHITI, *I procedimenti in cui intervengono le agenzie europee*, Relazione al Convegno "La disciplina europea del procedimento amministrativo", Roma, 8 aprile 2003.

quello della coamministrazione, e si sostanzia nella distribuzione su più livelli della medesima funzione comunitaria: essa viene, infatti, attribuita a centri di potere diversi, appartenenti ai sistemi amministrativi dei singoli Stati membri o alla organizzazione amministrativa della Comunità Europea, con la contestuale previsione di una serie di strumenti giuridici di raccordo e di integrazione tra le diverse autorità competenti.

L'integrazione decentrata, dunque, non comporta soltanto la condivisione della competenza tra l'amministrazione sovranazionale e quella degli Stati membri, ma richiede, altresì, che alla materia sia dato ordinamento decentrato, mediante l'istituzione di un ente sovranazionale (di solito un'agenzia europea, ente con propria personalità giuridica ed un elevato grado di autonomia nei confronti delle altre istituzioni comunitarie), integrato sul piano nazionale da apparati amministrativi, anche appositamente istituiti.

L'integrazione decentrata, in altri termini, implica l'attribuzione di una funzione regolativa, di natura tecnico-specialistica, alle "agenzie europee"¹⁰⁰, facenti parte, a loro volta, di una rete o network insieme alle amministrazioni nazionali, che operano come loro corrispondente interfaccia operativa¹⁰¹.

Tra i caratteri tipici del modello dell'integrazione decentrata¹⁰² possiamo annoverare la necessità di una espressa previsione normativa comunitaria che distribuisca le competenze tra più uffici nazionali, sopranazionali o misti. Tali uffici sono tutti titolari della funzione ad essi attribuita, ma questa ripartizione di competenze non segue un disegno giuridico tipico, realizzandosi nella realtà fattispecie alquanto diverse, in relazione al grado di policentrismo che raggiungono. È opportuno specificare che gli uffici competenti sono integrati in un'amministrazione unitaria sotto il profilo funzionale e sotto quello strutturale.

Oltre all'attribuzione della titolarità della funzione a soggetti i più vari possibili e alla loro integrazione in un'amministrazione comunitaria, bisogna tener

¹⁰⁰ Sono riconducibili al modello della integrazione decentrata l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno, l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali, l'Agenzia europea di valutazione dei medicinali, l'Agenzia europea per l'ambiente, l'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze, l'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro e la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, nonché il Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale e l'Osservatorio europeo dei fenomeni razzisti e xenofobi. Sul ruolo delle agenzie si rimanda a E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002; G. MAJONE, *Le agenzie regolative europee*, in S. FABBRINI (a cura di), *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sopranazionale*, op. cit., 192.

¹⁰¹ Cfr. M. INNAMORATO, *La burocrazia nell'Unione europea*, op. cit., 94.

¹⁰² Sull'*integrazione decentrata* tra Commissione europea ed amministrazioni statali attraverso la creazione di Agenzie, cfr. L. CHIEFFI, *Integrazione tra autorità governanti con speciale riguardo al ruolo della Commissione, dei Governi e delle amministrazioni nazionali e regionali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Atti del Convegno, *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Catania, 14-15 ottobre 2005.

conto di un ulteriore elemento caratterizzante il modello di integrazione decentrata, consistente nella istituzione di un ufficio comunitario, un'agenzia appunto, dotato di personalità giuridica e di attribuzioni specifiche¹⁰³. Questo ufficio, che si pone al di fuori dell'amministrazione comunitaria ma in rapporto di ausiliarità rispetto all'ente istituzionale¹⁰⁴, deve governare il settore di competenza in modo decentrato, garantendo la collaborazione tra i governi nazionali e tra questi e l'amministrazione centrale comunitaria.

Più recentemente si sono sviluppate altre tendenze dell'integrazione amministrativa, caratterizzate dall'affidare l'azione amministrativa ad autorità indipendenti, secondo il modello denominato del "concerto regolamentare europeo", che consente di pervenire, ad esempio in materia di telecomunicazioni¹⁰⁵, a forme di integrazione strutturale e funzionale delle competenti autorità nazionali di regolazione.

In tale figura, la realizzazione delle finalità di interesse comunitario sono affidate ad una pluralità di amministrazioni strutturalmente separate, ma per evitare che la polverizzazione organizzativa abbia ricadute negative, il funzionamento dell'ente regolatore nazionale viene disciplinato dalla normativa comunitaria. Tratto caratterizzante di questo modello è la creazione presso la Comunità di un organismo misto, composto da rappresentanti degli Stati membri e dell'amministrazione comunitaria, comunemente denominato "gruppo europeo dei regolatori"¹⁰⁶.

In ultimo, alcuni Autori¹⁰⁷ hanno enucleato, dalla legislazione comunitaria, la figura delle "reti transnazionali di autorità indipendenti", che prevede forme avanzate di collaborazione tra l'autorità indipendente comunitaria e gli omologhi organismi nazionali, come nel caso della Autorità europea per la sicurezza alimentare.

I tipi summenzionati non esauriscono il novero delle differenti combinazioni tra i diversi livelli di governo, che danno luogo a sistemi reticolari, basati su un flusso circolare delle azioni amministrative, e di cui le amministrazioni nazionali risentono la profonda influenza sia dal punto di vista organizzativo, che funzionale¹⁰⁸.

¹⁰³ Cfr. D. LIAKOPOULOS-G. MANCINI, *Il fenomeno della agencification nel diritto comunitario amministrativo*, in *www.diritto.it*

¹⁰⁴ Ancora, sul punto cfr. F. ASTONE, *Riforma della p.a. e ordinamento comunitario*, op. cit., 56 e ss.

¹⁰⁵ S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 e ss.

¹⁰⁶ C. FRANCHINI, *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1181.

¹⁰⁷ E. CHITI, *I modi di composizione*, in *Diritto amministrativo europeo: casi e materiali*, op. cit., 191 e ss.; E. CHITI, *I "sistemi comuni" europei di pubblici poteri indipendenti*, in BATTINI-VESPERINI (a cura di), *op. cit.*, 1 e ss.

¹⁰⁸ Si rimanda, a tal proposito, allo scritto "*Procedimenti comunitari e amministrazioni nazio-*

COMMUNITY PROCEDURES AND NATIONAL ADMINISTRATIONS ENGAGED COMMUNITY TASKS

by Gregorio De Vinci

Abstract

In the original setting of the Treaties the EU, policy-making has been entrusted, mostly, governments, according to a model based on direct\indirectly execution, that, following the gradual expansion of areas of competence of the Union and the enlargement process, no longer accurately represents the multiple forms of the administrative power.

The terminology currently used to describe the administrative procedures is highly diverse: multi-level governance, networks of governments, regulatory process, are all expressions that have a common reference to a polycentric system, not monistic, not hierarchically ordered, which assume greater importance, now the EU institutions, national governments now, according to the interactions that in turn trigger between them.

The result is a patchwork of relations between EU and national administrations, which are realized through connections and composite variables, based on the c.d. sector by sector approach, which takes into account, from time to time, the Community's purposes.

At EU level we must therefore define an administration that operates according to a variety of organizational types and procedural, in which next to the Community institutions 'traditional' are growing in importance other devices, such as committees of comitology, European agencies, the independent authorities and private entities that contribute to administrative functions.

On the domestic side, however, the increasing complexity of Community influence the organizational structure of national administrations, going to also affect the territorialization of European policies, caused by the processes of decentralization under way in Member States.

Then, becomes essential to describe how they operate the national administrations involved in administrative proceedings falling within the Community and in what models is the transition between the administrations of Member States and EU in the sequences of procedure in the pursuit of its own Community.

In a context of synthesis, are relevant, first, the topic of European administrative procedure and, then, existing connections and related figures in composition between national and EU, which derive different types of decision making.

nali coinvolte nell'attuazione della PAC", pubblicato su www.giustamm.it, in cui ho analizzato i procedimenti amministrativi di rilevanza comunitaria riguardanti l'attuazione della Politica Agricola Comune (PAC), approfondendo, in particolare, gli aspetti legati alla organizzazione delle amministrazioni nazionali che interagiscono con le autorità sovranazionali nella gestione dei Fondi comunitari FEAGA e FEASR, a sostegno di tale comparto.

Dalla nozione alle tipologie: appunti sul diritto delle fonti nell'ordinamento dell'Unione Europea

di Giuseppe Martinico*

SOMMARIO: 1. Problematiche generali. - 2. La definizione accolta. - 3. Le fonti del diritto comunitario: una prima classificazione. - 4. Le fonti "classiche" dell'ordinamento comunitario. - 5. Le fonti nel Trattato-Costituzionale e nel Trattato di Riforma.

1. *Problematiche generali*

Nelle prime pagine delle *Fonti del diritto italiano* Livio Paladin¹ introduceva il lettore al tema della monografia sottolineando l'incoerenza delle teorie "sostanzialistiche". Queste, infatti, pur accettando nella premessa la distinzione fra la visione *dommatica* e quella *teorica delle fonti* (già presente in Crisafulli²), finivano sempre per privilegiare una nozione *logica* di fonte (come tale assoluta), violando, in questo modo, il principale elemento di differenziazione fra i due approcci ricordati, ovvero il *principio di relatività del concetto di fonte*, secondo cui:

“... la determinazione delle varie specie di fonti e dei loro reciproci rapporti è il frutto di scelte aliamente politiche, proprie di ciascuno Stato (e anzi di ciascun ordinamento originario): con tanto maggiore evidenza in quanto il regime delle fonti interferisce con la forma di governo, che lo condiziona e ne viene condizionato a sua volta”³.

* Borsista post doc presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa; STALS *Senior Assistant Editor* (www.stals.sssup.it); Invited Fellow, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law* (TICOM), University of Tilburg. collaboratore presso il Centro Studi per il Federalismo di Moncalieri. Desidero ringraziare Giacomo Delledonne e Marta Simoncini per i preziosi commenti. Questo scritto si intende concluso a fine ottobre 2009, quindi poche settimane prima dell'entrata in vigore del Trattato di Riforma di Lisbona.

¹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 20-25.

² V. CRISAFULLI, VOCE: "Fonti del diritto (*dir. cost.*)", in *Enc. del dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 925 ss.

³ L. PALADIN, *Le fonti cit.*, 21.

Nella visione *dommatica* ciò che si evidenzia è il carattere “*legale, interno e relativo di quest’ultima nozione*”⁴.

Sulla scia di queste precisazioni e sulla scorta della definizione di *fonte legale* come “*quell’atto o fatto da cui viene posto e continuamente rinnovato un certo ordinamento giuridico*”⁵, e non di fonte come di *modo di produzione delle norme giuridiche*, lo studioso analizzava le concezioni che configuravano la nozione in questione sulla base *dei contenuti*, verificando come tutte queste fossero accomunate da una stessa opinione: quella per cui il “*concetto di norma preceda in sede logica il concetto di fonte*”⁶.

La visione di Paladin parte da una definizione che ragiona in termini di *fonte legale* (perché, come l’Autore diceva, in Italia le fonti si configurano prevalentemente sulla base di criteri formali), da un assetto culturale e giuridico che ha riconosciuto, per la svolta epocale di fine settecento, la preminenza di fonti scritte proceduralmente riconoscibili da un assetto a base legislativa, come quello italiano, che non esclude le fonti non legali ma che non sa definirle se non in termini residuali. Proprio per le premesse di questa ricostruzione e per le caratteristiche dell’ordinamento dell’Unione, non possiamo concludere per un’automatica applicabilità di fin quanto qui scritto all’ambito comunitario: ne andrebbe del rispetto del piccolo *principio di relatività* dei costituzionalisti delle fonti (su cui Paladin fondava la distinzione fra dogmatica e teoria delle fonti⁷) Eppure l’ordinamento comunitario non manca di rinviare agli altri ordinamenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁸ e nei Trattati: l’art. 288 del TCE rinvia ai “*principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*”⁹, il TUE all’articolo 6 si rifà ai “*principi ed alle tradizioni costituzionali degli Stati membri*”¹⁰ ed

⁴ L. PALADIN, *Le fonti cit.*, 21.

⁵ L. PALADIN, *Le fonti cit.*, 21.

⁶ L. PALADIN, *Le fonti cit.*, 22.

⁷ L. PALADIN, *Le fonti cit.*, 21 ss.

⁸ *Brasseire du Peucheur e Factortame*, C-46 e C-48/93, *Racc.* p I 1029, punto 27. Si vedano anche: C-88/03, *Portugal/Commission*, 2006, *Racc* I-7115, C-36/02, *Omega*, *Racc.* 2004, I-9609, C-244/06, *Dynamic Medien*, *Racc* 2008, I-505

⁹ Art. 288 TCE: “*La responsabilità contrattuale della Comunità è regolata dalla legge applicabile al contratto in causa.*”

In materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni.

Il secondo comma si applica alle stesse condizioni ai danni cagionati dalla Banca centrale europea o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni.

La responsabilità personale degli agenti nei confronti della Comunità è regolata dalle disposizioni che stabiliscono il loro statuto o il regime loro applicabile’.

¹⁰ Art. 6 TUE: “*1. L’Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.*”

alle tradizioni dello Stato di diritto, formula realizzatasi in maniera diversa da ordinamento nel continente europeo.

Tali riferimenti, legati nei Trattati ad ambiti tematici ben precisi (responsabilità extracontrattuale e diritti fondamentali) sono stati poi estesi anche in settori diversi. Il punto è fondamentale in quanto il rinvio agli ordinamenti nazionali implica il *necessario confronto* con le *diverse* (anche se non diversissime) basi normative ed esperienze giuridiche di alcuni paesi, che conoscono la *legge* ma in cui la legge non è *fonte primaria*¹¹, in cui il *precedente*, per esempio, è anche ritenuto vincolante.

È ovvio che fenomeni come la comunitarizzazione¹² dell'ordinamento, lo *Human Rights Act* del 1998¹³, la diffusione delle autorità amministrative indipendenti nei sistemi continentali e la progressiva *specializzazione del diritto amministrativo* nel panorama inglese hanno progressivamente avvicinato due mondi che sembravano totalmente diversi. A ciò si aggiunga poi come la vincolatività del precedente in Inghilterra sia cosa non storicamente così datata, come in passato nella pratica dei Grandi Tribunali continentali il precedente fosse ritenuto vincolante più che nel paese di Blackstone, come per alcuni autori la *presunta esclusività inglese del principio dello stare decisis* conosca prova contraria¹⁴ e come, secondo un'autorevole dottrina, i precedenti¹⁵ della Corte di Cassazione abbiano il ruolo di fonte e siano pure vincolanti.

Tutto questo è vero, però, ci piace concordare con Mattei¹⁶ sulla necessità di distinguere ancora (ed almeno per ora) i *sistemi di common law* da quelli di *civil law* quanto meno per la diversa genesi degli ordinamenti.

2. *L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.*

3. *L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri.*

4. *L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche.*

¹¹ Nel senso di "primario" qui indicato si veda U. MATTEI, voce: "Precedente giudiziario", *Dig. It. IV., Dig. priv - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 148-167.

¹² Per una interessante panoramica su come, nei vari ordinamenti, l'impatto del diritto comunitario sia stato sentito: A. PIZZORUSSO-S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile, I*, Torino, 2001, 191-397.

¹³ Su cui: A. SPERTI, *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna dopo l'approvazione dello Human Rights Act in Riv. Dir. civ.*, n. 1, 2001, 73-98.

¹⁴ B.N. CARDOZO, *Il giudice e il diritto*, Firenze, 14 ss.

¹⁵ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, 322 ss. G. GORLA, voce: "Precedente giudiziale", in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990. In maniera diversa ma non opposta F. GALGANO, *Interpretazione del precedente giudiziale*, in *Contratto e Impresa*, n. 1, 1985, 705 ss. e dello stesso autore vari altri scritti sulla stessa rivista. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1977.

¹⁶ U. MATTEI, voce: "Precedente giudiziario" *cit.*

Un'altra ricostruzione del concetto di fonte avanzata dalla dottrina italiana è quella di Gustavo Zagrebelsky. Per Zagrebelsky è necessario, per identificare fra gli "atti giuridici" gli "atti fonte", trovare, accanto ad un criterio di distinzione quantitativo (come è in Kelsen), uno qualitativo. Il grande costituzionalista italiano propone, allora, di ricercare tale criterio non nei contenuti o nella struttura dei diversi atti, ma a livello di *regime*, di organizzazione collettiva nella delimitazione del settore del diritto costituzionale come di quel settore che si occupa essenzialmente "del processo di integrazione politica, cioè dell'organizzazione e delle attività che esprimono quel movimento dal basso verso l'alto che, all'epoca presente, pone problemi di complessità sempre maggiore (sull'altro versante, dall'alto verso il basso, stanno altri studi giuridici, come il diritto amministrativo, il diritto processuale"¹⁷). Partendo da questa definizione l'Autore distingue quegli atti giuridici che esprimono un processo ascendente di integrazione da quelli che assumono un diverso significato, attribuendo ai primi la dignità di fonti del diritto, in quanto elementi costitutivi dell'unità giuridica corrispondente all'unità politica.

Detto in altro modo, per Zagrebelsky è fonte del diritto: "l'atto che esprime formalmente processi di integrazione politica"¹⁸ e l'attività di individuazione tesa al riconoscimento di tali atti non farà perno sulle *qualità specifiche delle regole* contenute negli atti in questione ma sulla "*qualità del potere o della funzione*"¹⁹ che esprime tale atto. Il carattere di novità o di creatività delle fonti del diritto non deve essere riferito ai singoli contenuti degli atti, perché la novità sarebbe, in questo senso, declinata come utilità dell'atto (capacità di creare nuove regole di diritto); al contrario, la creatività deve essere valutata dal punto di vista dell'unità politica che si realizza tramite questi atti fonte, nella loro capacità di creare nuovi equilibri politici o di rinnovare equilibri fra forze politiche partecipanti al processo di integrazione²⁰.

Nel rispetto della libertà dei processi politici democratici, gli atti fonte si distinguono dagli altri atti giuridici in quanto "liberi", chiarendo cosa intendere per "libertà".

Per quanto riguarda, infatti, il vincolo che lega anche gli atti fonte alla Costituzione (di cui essi sono attuazione), Zagrebelsky sottolinea la storica variabilità dei processi politici organizzati dalla Costituzione e, di conseguenza, la variabilità dei tipi di unità politica prodotti. Nemmeno la più programmatica delle Costituzioni, oltretutto, sarebbe in grado di tracciare una linea precisa ed obbligatoria degli sviluppi politici ad essa successivi, anche in questo secondo Zagrebelsky si sostanzia la differenza fra il rapporto di *costituzionalità* intercorrente fra leggi e Costituzione e quello di *legalità* intercorrente fra legge ed atto

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale (volume primo)*, Torino, 1987, p. 14.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Manuale cit.* 14-19 ma anche *Il sistema costituzionale delle fonti*, Torino, 1984.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale cit.*

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Manuale cit.*, 15.

amministrativo. Visti gli innumerevoli spazi giuridici in cui si svolgono i processi di integrazione generale, si pone il problema di individuare concretamente gli atti fonte. L'elemento centrale della distinzione viene rinvenuto nella forma (da intendersi come *tipo di funzione* di cui sono espressione, tipo di procedimento e tipo di soggetti che vi partecipano), perché è da essa che dipendono la natura, il regime e l'efficacia dell'atto²¹. La definizione di fonte data da Zagrebelsky è modellata sulle peculiarità di quegli ordinamenti in cui la produzione normativa si pone come esternazione volontaria e consapevole della traduzione di programmi politici cui partecipano tutti i soggetti del circuito democratico nel contesto istituzionale, incentrandosi sul carattere politico degli atti in questione: con ciò tale nozione risulta, al tempo stesso, *restrittiva* da un lato (vi rientrano solo gli *atti liberi* e non quelli di *esecuzione-attuazione*) ed estremamente *ampia*, dall'altro, (cosa distinguerebbe l'atto meramente politico da quello più precisamente normativo) e, di conseguenza, equivoca²². Il discorso di Zagrebelsky parte da un assunto che è già una limitazione nello *spazio* e nel *tempo*: "*nei regimi democratici e pluralisti*"²³, ossia in quelle organizzazioni collettive, in cui l'indirizzo politico, visto giustamente come funzione-flusso, si forma dall'alto verso il basso, passando per i vari attori istituzionali che caratterizzano il cosiddetto *circuito democratico*, nel rispetto del principio di *sovranità popolare*. Ebbene, il punto è che nel discorso dell'Autore non solo restano probabilmente fuori tutti quegli ordinamenti che conoscono anche *fonti culturali*²⁴ accanto a quelle prettamente *politiche* ma (soprattutto) anche non tutti gli ordinamenti sono *democratici e pluralisti*. Interessante è comunque sottolineare come anche in ordinamenti di chiara tradizione democratica e liberale come quello inglese, le fonti non sono solo (ed in alcuni casi non sono nemmeno soprattutto) *fonti atto politiche* ma *fonti fatto culturali*²⁵. Il punto è che l'Unione europea, per quanto

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale cit.*, 17.

²² Specialmente con riferimento alla visione che identifica nelle fonti atti *liberi* (idea, a prima vista, sembra porsi in contrasto con la possibilità di un controllo di costituzionalità), mentre appare più sensato distinguere *gradi di libertà* diversi; ecco allora che ogni atto giuridico presenta una combinazione di libertà e di condizionamento.

²³ G. ZAGREBELSKY, *Manuale cit.*, 18.

²⁴ Sulla distinzione fra *fonti culturali* e *fonti politiche*: A. PIZZORUSSO, *Fonti politiche e fonti culturali del diritto in Studi in onore di T.Liebman, I*, Milano, 1979, 327 ss.

²⁵ La distinzione fra fonti politiche e culturali è stata presa in considerazione soprattutto da Pizzorusso: "*Le prime, qualificabili da questo punto di vista come "fonti politiche", rappresentano il risultato conclusivo di un dibattito nel corso del quale le forze contrapposte si sono scontrate al fine di influire sulla manifestazione di volontà dello stato realizzata dalla legge, dettandone il contenuto; le seconde, qualificabili come "fonti culturali", si realizzano quando le norme giuridiche vengono desunte dall'esperienza del passato (consuetudine, precedente) oppure dall'analisi razionale dei fenomeni giuridici (dottrina, giurisprudenza) sul presupposto che il diritto non costituisca soltanto l'attuazione della volontà del sovrano – sia questo il popolo, un'assemblea o un tiranno – ma risponda altresì ad un bisogno di giustizia razionalmente determinata*".

si richiami nello stesso art. 6 del TUE a “*principi di democrazia*”, probabilmente non è un ordinamento democratico in senso stretto²⁶ e questo non solo per l’ambigua divisione dei poteri e il poco spazio riconosciuto ai parlamenti nazionali (fonte indiretta, secondo alcune teorie, della legittimità democratica) come la stessa Corte Costituzionale tedesca ha, di nuovo, recentemente sottolineato nel *Lisbon Urteil*²⁷. La visione di Zagrebelsky si presenta, comunque, di straordinario fascino perché legata all’idea di integrazione, motore e segreto della *mitezza* del diritto²⁸ e della politica, perché legata alla visione di democrazia come *regime* delle possibilità e del dubbio, dove il dialogo fra le diversità allontana lo spettro di dogmi imposti come verità²⁹. La sua visione di fonte si cala perfettamente in questo sistema di pensiero, ne è testimonianza fedele e coerente e la stessa idea di Costituzione come “*istanza più alta assume ora il compito immane di reggere in unità e in pace intere società divise al loro interno e concorrenziali*”³⁰ lo sottolinea:

“*La Costituzione è norma di compromesso mediano fra le forze che la Costituzione include, la legge è la decisione che sceglie tra le possibilità che il compromesso ammette; la Costituzione è norma che aspira a durare, la legge è norma fuggevole che dipende dalle circostanze*”³¹.

2. *La definizione accolta*

Il concetto di fonte del diritto si presenta estremamente problematico proprio perché legato alle diverse concezioni del diritto che nel mondo esistono, come ricordava anche David³². Diversa è, infatti, la nozione che Kelsen³³ ha di

²⁶ Si potrebbe obiettare che la questione della separazione dei poteri si presenta in modo molto meno scontato nel rapporto fra il potere giudiziario e gli altri (il suo disconoscimento appare infatti pacifico nel rapporto fra legislativo ed esecutivo). Per superare questa obiezione si possono ricordare le parole di Gaja circa le modalità di selezione dei componenti della Corte di giustizia: “*questo tipo di procedimento di nomina prospetta evidentemente la questione dell’indipendenza dei giudici, tanto più che il loro mandato è rinnovabile ed in effetti è spesso rinnovato*”, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1996, 40-41.

²⁷ Per un commento si veda: F. PALERMO-J. WOELK, “*Maastricht reloaded*”: il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2009, 1027 ss.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

²⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il “Crucifige” e la democrazia*, Torino, 1995.

³⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite cit.*, 48.

³¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 157.

³² R. DAVID, *The legal systems, comparison and their unification*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, 2, 1981, Tübingen, 2.

³³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1962, 130 ss. e *Lineamenti di Dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, 95-116.

fonte, diversa è la concezione che ne ha un giusrealista. Ecco allora che quei confini fra teoria generale e dommatica del diritto – che già prima avevamo definito come labili – si assottigliano ancora di più³⁴.

Per Kelsen il diritto non è costituito solo da prescrizioni generali e astratte ma anche da precetti concreti e individuali fissati mediante sentenza o atto amministrativo³⁵.

Tale visione si lega a quella di ordinamento come costruzione a gradini in cui ogni atto è creazione di norme sottostanti e applicazione di norme sovrastanti, eccezion fatta per gli atti costituenti e per gli atti di mera esecuzione. Tra la stessa funzione di creazione e quella di applicazione esiste una differenza solo relativa. Queste stesse operazioni non sono viste come in opposizione ed in quanto tali affidate ad istanze diverse come nella classica dottrina che attribuiva, infatti, la *creazione* ad istanze politiche e l'*applicazione* ad istanze non politiche o comunque neutrali:

*“L'atto coattivo ha naturalmente il carattere di pura esecuzione come il presupposto della norma fondamentale ha il carattere di pura posizione di norme. Ma tutto ciò che sta fra questi due casi limite è, contemporaneamente, posizione ed esecuzione del diritto. Così particolarmente anche il negozio giuridico... è, infatti, al tempo stesso, produzione e applicazione del diritto”*³⁶.

I diversi gradini della costruzione kelseniana differiscono, in ultima analisi, per la *diversa ampiezza di normatività*. In realtà è innegabile l'esigenza di trovare un argomento che riesca a distinguere fra gli atti giuridici quelli normativi, tali perché in grado di fornire un diverso apporto all'ordinamento giuridico. Ecco allora la necessità di adottare una diversa impostazione che renda giustizia alla già intuitiva distinzione fra una sentenza del pretore e una legge del Parlamento. Proprio per superare questa difficoltà Zagrebelsky si è affidato all'elemento cosiddetto *qualitativo*. I realisti del diritto³⁷, invece, intendono per fonte del diritto, non tanto un complesso di *norme*, quanto un certo tipo di *fatti*³⁸.

³⁴ “... è questa [quella di fonte del diritto] una espressione figurata e perciò ambigua. Non soltanto può indicare due metodi fra loro differenti (una produzione di norme generali coscienti dei propri fini effettuata a mezzo di organi centrali, e un'altra incosciente, decentrata, realizzata dagli stessi membri della comunità giuridica), ma anche il fondamento ultimo di validità dell'ordinamento giuridico, cioè quello che qui si indica col concetto di norma fondamentale”, H. KELSEN, *Lineamenti di Dottrina pura cit.*, 109.

³⁵ “In un senso molto più ampio, fonte del diritto significa in generale ogni norma giuridica, non solo la norma generale, ma anche la individuale, in quanto da questa, come dal diritto oggettivo, sgorga il diritto in senso soggettivo, cioè un obbligo o un'autorizzazione. Così una sentenza costituisce la fonte dell'obbligo speciale per una delle parti e l'autorizzazione per corrispondente per l'altra”, H. KELSEN, *Lineamenti di Dottrina pura cit.*, 108.

³⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di Dottrina pura cit.*, 109.

³⁷ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino 1990, 74 ss.

³⁸ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 9.

Sono fonti tutti gli elementi che influiscono sul contenuto delle decisioni stesse: formulazioni normative dotate di autorità, dottrine giuridiche, ideologie politiche, precedenti giurisprudenziali di giudici e amministratori, anche i loro sentimenti di giustizia. Queste due ultime letture impediscono di dividere l'ambito del latamente giuridico dall'ambito del normativo e, come tali, devono essere superate per una esigenza tutta sistematica di certezza del diritto. Bisogna superare l'*impasse* teorico per accedere ad un concetto di fonte selettivo che permetta di ricondurre certi effetti solo ad atti qualificati come fonte. La questione della definizione di cosa sia fonte è di fondamentale importanza non solo a livello accademico ma anche a livello pratico. L'ordinamento vuole una selezione degli atti, perché solo ad alcuni di essi riserva certi regimi: è fondamentale per la sopravvivenza dell'ordinamento e per la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla *Costituzione* sapere quali atti siano *legge* e quindi quali atti possano essere sottoposti alla censura della Corte costituzionale. Pertanto la questione delle fonti è questione capitale che abbraccia il problema della forma di Stato, delle garanzie costituzionali, della democraticità di una unità politica³⁹. Ecco perché, fra le spie della non democraticità dell'ordinamento comunitario, si è individuata anche l'assenza di un chiaro assetto delle fonti. Diverse sono allora le risposte che la dottrina ha enunciato per far fronte al problema del riconoscimento delle fonti e fra queste non può ovviamente essere accettata quella che individua le fonti in base all'espressa qualificazione di una disposizione, per il semplice fatto che tali elencazioni normative possono presentare imbarazzanti *lapsus* dovuti alla loro collocazione storica: l'art. 1 delle disposizioni delle preleggi, ad esempio, non enuncia la Costituzione fra le fonti del diritto. Una seconda lettura qualifica come fonti di un ordinamento quelle autorizzate a produrre diritto, quale che sia il loro contenuto. In questa prospettiva la legge sarebbe fonte non perché enumerata come fonte da una specifica disposizione ma perché autorizzata dalla Costituzione a produrre diritto, anche quando non si presenti come innovatrice. Qui si pone il problema di individuare, di volta in volta, la norma autorizzatrice e la sua legittimazione ad autorizzare, con la creazione di un circolo vizioso che si accompagna sempre a quelle teorie che legano ad un punto di vista *esterno* la qualificazione di un *x* come fonte autorizzata. La rapida contestualizzazione ed i rilievi precedentemente sottolineati, ci permettono di accettare la nozione di fonte "classica", quella per cui sono fonti del diritto gli atti o fatti giuridici che hanno come effetto la produzione, la modificazione o l'estinzione di norme⁴⁰. Tale definizione, tanto diffusa anche nella manualistica ha l'indubbio merito di circoscrivere ed inquadrare il problema delle fonti nel

³⁹ L. PALADIN, *Le fonti cit.*, 9.

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni*, 55 ss; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 34-35; V. CRISAFULLI, voce: *Fonti del diritto cit.*, 925 ss.

più generale discorso giuridico. Essa, però, ha il difetto di non specificare cosa distingua un atto o fatto normativo da un atto o fatto non normativo; si affida, per così dire, alle intuizioni dell'interprete e lascia campo alla riproposizione delle più disparate teorie "contenutistiche" che individuano il *proprium* della norma nell'innovatività, nell'imperatività o, nella teoria classica nella generalità ed astrattezza del precetto. Quest'ultima, che si vuole collegare agli studi roussoniani sulla volontà generale ed alla visione della legge come atto che meglio esprime tale volontà, è legata fortemente alle vicende ed allo spirito della rivoluzione francese. Essa risulta incentrata sull'affermazione dell'eguaglianza dinanzi alla legge (c.d. *eguaglianza formale*), espressione della più vasta tensione universalistica che animò anche le altissime affermazioni della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (Dichiarazione di tutti gli uomini, prima ancora che dei soli francesi) e che ebbe come suo corollario l'abbattimento definitivo di quei privilegi che, seppur in termini ridotti, erano sopravvissuti al passaggio dallo Stato patrimoniale a quello assoluto.

Tale visione a sua volta ha sofferto di alcune eccezioni a partire dalle *leggi provvedimento*⁴¹, che rientrano comunque nella fisiologia del fenomeno normativo, per arrivare alle *leggi*, che mostrano il dato patologico che i processi di produzione normativa hanno subito.

A dimostrazione di questo sta il fatto che oggi la *generalità* (vista come riferibilità ad un insieme di soggetti individuati non per caratteri specifici ma per caratteri generali) e l'*astrattezza* (vista come ripetibilità del precetto) non costituiscono un vincolo necessario che deve guidare ed accompagnare i precetti del legislatore⁴².

Indubbiamente è impensabile un ordinamento caratterizzato solo da precetti particolari ed in questo le due caratteristiche in questione sono il carattere *normale* delle leggi (atto normativo per eccellenza nel continente) come rilevava giustamente Crisafulli⁴³. Tuttavia appare eccessiva la conclusione di scorgere nella generalità ed astrattezza la peculiarità della *funzione legislativa* (se non nei casi in cui *espressamente* la Costituzione lo richieda ad esempio all'art. 16, 1 comma o all'art. 128⁴⁴). Il tentativo risulta, inoltre, legato storicamente ad un'epoca che non conosceva le esigenze dello Stato Sociale. Questa visione, oltretutto, non è conforme alla funzione strumentale che il diritto ha per le esperienze delle istituzioni, pur nel tentativo di ancorare le caratteristiche dell'atto normativo

⁴¹ C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.

⁴² Nelle parole di Paladin: "i caratteri in questione sono soltanto normali e non indispensabili: non lo sono per gli atti normativi considerati nel loro complesso; non valgono a qualificare le leggi formali, né in teoria generale né in termini dommatici, riferiti al diritto positivo italiano", L. PALADIN, *Le fonti cit.*, 181

⁴³ V. CRISAFULLI, voce: *Fonti del diritto cit.*, 925 ss.

⁴⁴ L. PALADIN, *Le fonti cit.* 181.

alle esigenze di stabilità e permanenza dell'ordinamento. Esigenze invero contraddette dalla frequenza di norme a carattere settoriale e temporalmente limitate che si presentano, nelle parole di Predieri, “*a basso grado di astrattezza o a generalità ridotta*”⁴⁵.

Oltretutto tale teorica si lega al grande bivio che la storia del diritto europeo ha conosciuto (la rivoluzione francese appunto) e non si attaglia, quindi, all'ordinamento comunitario che fa anche le esperienze di *Paesi senza legislatore*. Una ricostruzione che ci sembra risolvere il problema di specificare cosa sia fonte del diritto è quella di Pizzorusso⁴⁶, il quale, partendo dagli studi della dottrina processualistica sul *giudicato*, dalla lettera dell'art. 2909 c.c. e, *a contrario*, dalla forza che l'art. 1372 c.c. riconosce al contratto ha ritenuto di poter distinguere il *fatto* (e l'*atto* in quanto sua *species*) *normativo* da quello *non normativo* (*ma comunque rilevante per il diritto e dunque giuridico*) nell'efficacia *erga omnes* dei suoi effetti. Sono cioè fonti quegli atti o fatti che hanno come loro caratteristica quella di introdurre regole efficaci nei confronti di tutti coloro che sono soggetti all'ordinamento. In relazione ad essi “*non ci sono terzi*”⁴⁷. Vale la pena di sottolineare come tale caratteristica, che guarda più al contenuto nella dinamica del fatto normativo che al contenuto nella stasi dello stesso (come nella teoria classica), non porti, ai fini della classificazione, agli stessi esiti in quanto:

“*Questa distinzione non può confondersi con quella fondata sull'astrattezza o la generalità, dal momento che nulla esclude che una statuizione che una statuizione potenzialmente dotata di efficacia generale ed astratta sia in realtà operante soltanto inter partes (come, ad esempio, avviene nel caso in cui si disapplichi una legge o un regolamento per un motivo che comporterebbe la loro inapplicabilità nei confronti di chiunque, ma con una sentenza dotata di efficacia di giudicato soltanto inter partes), così come nulla esclude che una statuizione relativa ad un rapporto particolare possa assumere invece efficacia erga omnes (come nel caso delle leggi-provvedimento)*”⁴⁸.

Tale nozione di atto o fatto normativo integra la definizione che comunemente si dà di fonte del diritto, parte da premesse metodologiche diverse da quelle di Paladin e Zagrebelsky, poiché, pur muovendo dall'analisi dell'ordinamento interno, cerca di dare una indicazione che possa valere anche per gli altri ordinamenti. Ciò porta ad una nozione di fonte che *per l'ordinamento interno*

⁴⁵ A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 270.

⁴⁶ Fra i tanti A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in Scialoja-Branca (a cura di), *sub art. 1-9 disp.prel Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, 1977, 15 ss. ma anche *Manuale di Istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997.

⁴⁷ S. ROMANO, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 397 ss.

⁴⁸ A. PIZZORUSSO, *Le decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino, 1999, 123.

forse rischia di essere troppo estensiva, pagando il suo slancio verso una portata universale ma che, per le caratteristiche dell'ordinamento comunitario (un sorta di *ordinamento a configurazione complessa*⁴⁹), si presenta come la più adeguata a cogliere l'evoluzione del fenomeno normativo inserendolo con coerenza in quello più generalmente giuridico⁵⁰.

3. *Le fonti del diritto comunitario: una prima classificazione*

Particolarmente arduo (e peraltro solo propedeuticamente legato al nostro lavoro) è il tentativo di delineare l'assetto delle fonti nel diritto comunitario. Obiettivo di questo paragrafo è analizzare le fonti riconosciute dalla totalità degli autori nel sistema comunitario. In genere i manuali nell'enumerare le fonti comunitarie prendono le mosse dall'art. 249 TCE per poi soffermarsi sui principi: il Trattato, in questo, non elenca in maniera esaustiva il novero delle fonti del diritto comunitario e, secondo molti autori, non stabilisce nemmeno una gerarchia fra le sue fonti⁵¹.

In realtà, una gerarchia, comunque, è rinvenibile, concependo i Trattati istitutivi la norme originarie⁵², le fonti primarie, e negli atti derivati le norme secondarie. All'interno del diritto derivato è possibile poi distinguere fra il *diritto derivato diretto* (regolamenti) e il *diritto derivato indiretto* (direttive): la classificazione, fra gli altri, è proposta da Zanghì⁵³ ma, come sottolinea lo stesso Autore, quest'ultima non incide sulla diversa posizione nella scala gerarchica e sulla loro diversa *forza normativa*. Frequente è anche la distinzione fra gli *atti tipici* e quelli *atipici*, a seconda che rientrino o meno in un tipo prestabilito dai Trattati. Un certo ruolo nel sistema delle fonti viene riconosciuto anche agli accordi conclusi dalle Comunità o dagli Stati membri con vincolo per le Comunità: essi si pongono come *fonti complementari*, come anche la dottrina tedesca recente-

⁴⁹ Su questo concetto mi si permetta di rinviare a: G.MARTINICO, *Complexity and Cultural Sources of Law in the EU Context: From the Multilevel Constitutionalism to the Constitutional Synallagma*, in *German Law Journal*, 2007, 205-230 e G. MARTINICO, *L'integrazione silente. la funzione interpretativa della corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, 17-47.

⁵⁰ Tutto ciò nel rispetto della contestualizzazione e della *relatività del concetto di fonte*, una relatività forse più "rigorosa" ma non per questo meno "relativa".

⁵¹ Per una contestazione di tale assunto si veda G.GAJA, voce "Fonti comunitarie", *Dig. Disc. pubbl.*, Vol. VI, Torino, 1991, 443 ss.

⁵² Si veda anche la giurisprudenza della CGCE in cui i Trattati vengono definiti come la costituzione dell'ordinamento comunitario. C-294/83, *Parti ecologiste/Les Verts contro Parlamento europeo*, Racc., 986, 1339 e C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. European Council*, Racc. 2008, p. I-6351.

⁵³ C. ZANGHÌ, voce: "Comunità europea", in *Enc.del diritto, Aggiornamento IV*, Milano, 2000, 294-326, 250.

mente ha ribadito usando per essi la formula di *Völkerrechtliche Nebenverfassungen*, riadattandola al contesto europeo, proprio per sottolineare il ruolo fondamentale di completamento che i Trattati internazionali hanno per la Costituzione europea⁵⁴.

Accanto al *diritto comunitario scritto* si pongono anche *fonti di diritto non scritte*, rappresentate dai principi generali. Sul punto sottolineiamo subito come alcuni autori⁵⁵, nella ricostruzione di una gerarchia delle fonti, non concepiscano i principi come *fonti superiori* ai Trattati ma come *fonti intermedie fra diritto originario e derivato*: si tratta di una ricostruzione che, come è stato sottolineato, è molto simile alla concezione civilistica di “principi generali” ed in contrasto con quella costituzionalistica⁵⁶.

Spie dell'esistenza di una gerarchia delle fonti sono l'impossibilità, per le Istituzioni comunitarie, di derogare al riparto di attribuzioni stabilito dai Trattati ed il sistema dei ricorsi che permette di riconoscere come illegittimo un atto emanato in deroga al Trattato. È rinvenibile un rapporto gerarchico anche fra Trattati e accordi della Comunità, dato che ogni caso di contrasto dovrebbe essere evitato dalla procedura prevista dall'art. 300 TCE⁵⁷ grazie al possibile intervento della Corte.

L'art. 249 TCE⁵⁸ individua cinque categorie di atti: regolamento, direttiva,

⁵⁴ R. UERPMANN-WITZACK, *The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2006. L'Autore usava citava il vecchio lavoro di C. TOMUSCHAT, *Der Verfassungsstaat im Ge-echt der internationalen Beziehungen, Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1978, 51-53.

⁵⁵ G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1999, 99-121.

⁵⁶ Si veda la distinzione fatta da A. PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto. L'esperienza pubblicistica*, in AA.VV. *I principi generali del diritto: atti del Convegno*, Roma 27-29 maggio 1991, 239 ss, 239- 240. Pizzorusso citava un passaggio da uno scritto di Ferrara sen ne *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista. A cura della facoltà di giurisprudenza e della Scuola di Perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa*, Pisa, 1943: “*I principi generali...possono intendersi in due sensi: o come quei principi di diritto positivo che si estraggono da disposizioni concrete legislative e che si ampliano in formule generali, comprensive di nuove applicazioni o come principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, informatori del suo sviluppo e capaci di indirizzare la stessa opera legislativa. I primi stanno dentro l'ordinamento giuridico, innucleati e latenti nelle sue norme, che l'interprete sviluppa mediante il processo logico ed analogico. Gli altri sono condizioni essenziali dello stesso ordinamento giuridico, presupposti basilari di esso in parte attuati, in parte da svolgersi e realizzarsi in avvenire. Questa seconda categoria di principi sono in un certo modo fuori e superiori allo stesso ordinamento positivo, costituiscono le direttive, le forze propulsive del suo sviluppo*”.

⁵⁷ Art. 300, c. 6: “*Il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono domandare il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con le disposizioni del presente trattato. Quando la Corte di giustizia abbia espresso parere negativo, l'accordo può entrare in vigore soltanto alle condizioni stabilite dall'articolo 48 del trattato sull'Unione europea*”.

⁵⁸ Art. 249 TCE: “*Per l'assolvimento dei loro compiti e alle condizioni contemplate dal presente*

decisione, raccomandazione e parere, aprendo la strada ad un'ulteriore distinzione: quella fra *atti dotati di forza vincolante* e quelli *non dotati di forza vincolante*.

Accanto a questa fondamentale distinzione possiamo affiancare quella fra atti tipici e atipici: fra gli atti atipici ricordiamo gli *atti interni* che disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento delle Istituzioni che risultano vincolanti per le istituzioni che le hanno adottate ma privi di *efficacia esterna* e i *programmi generali*; a questi ultimi, peraltro, deve essere riconosciuto un effetto vincolante laddove determinino una situazione di legittimo affidamento⁵⁹.

Fra gli *atti atipici vincolanti*, in genere, si ricordano gli *accordi interistituzionali* (quello sulla disciplina di bilancio del 1988 ad esempio) e le *comunicazioni della Commissione* nelle materie dove l'organo dispone di un potere di decisione.

Quest'ultime risultano utili strumenti con cui informare gli Stati di quelle che saranno le linee di condotta nel proprio operare anche se sembrano presentarsi come forieri di un vincolo più politico che giuridico. Infine, in questa veloce rassegna, vanno ricordate anche le *decisioni* adottate dal Consiglio (diverse da quelle di cui al 249 del TCE) in occasione dell'istituzione di comitati, di nomine e per l'autorizzazione alla Commissione alla conclusione di accordi internazionali o di approvazione della conclusione.

4. Le fonti "classiche" dell'ordinamento comunitario

Tornando alla lettera del 249 TCE, ricordiamo brevemente le caratteristiche delle fonti classiche dell'ordinamento comunitario.

Il regolamento ha portata generale ed è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. Sulla distinzione fra diretta efficacia e diretta applicabilità non ci si può soffermare⁶⁰ ma basti antici-

trattato il Parlamento europeo congiuntamente con il Consiglio, il Consiglio e la Commissione adottano regolamenti e direttive, prendono decisioni e formulano raccomandazioni o pareri.

Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

*La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti**

⁵⁹ C. ZANGHÌ, C. ZANGHÌ, voce: "Comunità europea" cit., 315.

⁶⁰ Sul punto si vedano M. CARTABIA-J. WEILER, *l'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 97-98; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2002, 131; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, 330. Si permetta di rinviare per comodità anche a G. MARTINICO, *La resa e le sue condizioni. Sulle difficoltà linguistiche del dialogo fra Corti alla luce della sentenza Berlusconi*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005, 249-255.

pare che con la prima in questo scritto si intende una proprietà di tutto il diritto comunitario, mentre con la seconda una proprietà riscontrabile, al di là del dato formale che la circoscrive solo ai regolamenti, anche nel caso di certe direttive, anche se nella giurisprudenza comunitaria non è dato ravvisare conferme a questa impostazione.

Dalla diretta applicabilità si distinguerebbe l'immediata applicabilità, ovvero la capacità del regolamento in concreto di essere immediatamente applicabile a fronte della sua idoneità al dispiegamento di efficacia normativa nell'ambito degli ordinamenti comunitari nei confronti dei soggetti di tali ordinamenti⁶¹. La diretta applicabilità riguarda la forza formale dell'atto, l'immediata applicabilità il contenuto⁶². I regolamenti non hanno competenza generale, valendo sotto questo aspetto, il principio di attribuzione ed il ricorso ad essi è possibile solo nell'ambito delle competenze comunitarie. In questo ambito, poi, bisogna guardare alle disposizioni del Trattato: l'art. 89 TCE⁶³, per esempio, stabilisce casi di *riserva di regolamento*, in altri casi, invece, si prevede la possibilità di scelta per il legislatore comunitario.

I regolamenti possono essere emanati solo nel rispetto delle condizioni e dei limiti del Trattato pena l'annullamento.

Non costituisce eccezione alla gerarchia il fatto che, talvolta, i regolamenti possano modificare singole o gruppi di disposizioni del Trattato. In tutti questi casi è il Trattato stesso a prevedere la deroga⁶⁴. Allo stesso modo, non pare dubbia la loro subordinazione ai principi generali del diritto e. a dimostrazione di ciò, l'art 230 TCE prevede che i regolamenti possano essere impugnati anche per violazione di qualsiasi regola di diritto relativa all'applicazione del Trattato.

In linea di principio i regolamenti sono gerarchicamente equiparati fra loro. In caso di antinomia, infatti, si applica il criterio cronologico. Distinzioni, tuttavia, emergono all'interno di una categoria che solo superficialmente si presenta come unitaria: testimonianza di questo è il fatto che le varie disposizioni dei Trattati che attribuiscono potere normativo non prevedono sempre la stessa procedura per il suo esercizio. Gli organi coinvolti nel procedimento, infatti, possono essere anche diversi oppure possono essere richieste particolari maggioranze per la decisione finale. Accade che, ad esempio, in materia di trasporti e di libera circolazione dei lavoratori vi siano regolamenti adottati con procedure diverse: in questi casi sarà il *regolamento rinforzato* a prevalere. Accanto a

⁶¹ G.L. TOSATO, voce: "Regolamenti comunitari", in *Enc.del dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 682-704, 685.

⁶² G.L. TOSATO, voce: "Regolamenti comunitari" cit., 685.

⁶³ Art. 89 TCE: "Il Consiglio, con deliberazione a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 87 e 88 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 88, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura".

⁶⁴ G.L. TOSATO, voce: "Regolamenti comunitari" cit., 689.

queste distinzioni può essere ricordata anche la distinzione fra *regolamenti base* e *regolamenti di esecuzione*. In caso di contrasto fra il primo ed il secondo il regolamento esecutivo dovrà rendere conto al contenuto dell'atto base.

I regolamenti hanno portata generale nel senso che si indirizzano ad una pluralità indeterminata di destinatari, individuabili solo in virtù del collegamento ad una situazione astrattamente definita⁶⁵. La generalità viene interpretata come l'impersonalità dell'applicazione dalla dottrina⁶⁶. Sul punto la giurisprudenza della Corte di giustizia non è molto costante con osservazioni che talvolta incidono sul contenuto normativo dell'atto, altre volte sul suo oggetto, altre volte sull'oggetto della disciplina. La stessa Corte ha sottolineato come, in principio, l'atto non perda la sua "portata generale" per il sol fatto di disciplinare una situazione transitoria o una fattispecie temporanea. L'astrattezza è stata considerata come implicante almeno la ripetibilità di applicazione delle disposizioni dell'atto. Dalla convinzione dell'esistenza di un contenuto tipico del regolamento muove la concezione per cui i regolamenti comunitari debbano limitarsi a emanare disposizioni meramente esecutive o applicative del Trattato⁶⁷. Altra caratteristica del regolamento è l'obbligatorietà in tutti i suoi elementi che consiste nella possibilità, da parte del regolamento, di intervenire in una materia dando una disciplina completa; vi possono, però, essere regolamenti che contengono anche norme non precettive o norme di principio o di risultato, non potendo comunque concepirsi un regolamento che contenga solo questo tipo di norme.

Ai sensi dell'art. 211 del TCE⁶⁸, si prevede la possibilità, con regolamento, della delega del Consiglio alla Commissione: dalla lettera dei Trattati sembrerebbe trattarsi di una delega di funzioni amministrative ma la disposizione è stata interpretata alla larga, consentendo anche la delega di funzioni normative. Tale istituto presenta numerosi punti oscuri: si deve trattare di deleghe per l'emanazione

⁶⁵ *Confédération nationale des producteurs de fruits and legumes and others / Council EEC*, C-16-17/62, in *Racc.* 1962, 879.

⁶⁶ G. MOTZO, *Commento sub art. 189*, in R.QUADRI-R.MONACO-A. TRABUCCHI, *Commentario C.E.E.*, Milano, 1965, 1388-1422, 1399.

⁶⁷ La discussione ricalca le linee di quella vissuta in ambito interno fra Costituzione e legge e legge e regolamento.

⁶⁸ Art. 211 TCE: "*Al fine di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del mercato comune nella Comunità, la Commissione:*

– *vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente trattato e delle disposizioni adottate dalle istituzioni in virtù del trattato stesso,*

– *formula raccomandazioni o pareri nei settori definiti dal presente trattato, quando questo esplicitamente lo preveda ovvero quando la Commissione lo ritenga necessario,*

– *dispone di un proprio potere di decisione e partecipa alla formazione degli atti del Consiglio e del Parlamento europeo, alle condizioni previste dal presente trattato,*

– *esercita le competenze che le sono conferite dal Consiglio per l'attuazione delle norme da esso stabilite.*

zione di norme esecutive? E quali sono i limiti della delega? In realtà la prassi ha conosciuto casi in cui la Commissione ha emanato norme di carattere primario che non si limitavano ad eseguire quelle del Consiglio (settore doganale e di politica commerciale). La Corte ha avallato questa prassi⁶⁹, fermo restando il limite della intrasferibilità delle competenze in massa da parte del Consiglio. La delega (che può estendersi anche oltre un singolo atto) deve essere limitata a competenze specifiche, con tanto di disciplina fondamentale della materia (principi) e con eventuali vincoli cui deve sottoporsi l'esercizio della competenza delegata. Tali vincoli, però, non possono alterare l'equilibrio istituzionale con sottrazione delle competenze alla Commissione. I regolamenti sono motivati e dal testo, inoltre si debbono evincere le proposte e i pareri obbligatori richiesti. La motivazione e la revisione del riferimento alle proposte è comune anche alle direttive e alle decisioni. La motivazione dei regolamenti può anche essere meno dettagliata e limitarsi alla indicazione della situazione complessiva⁷⁰ o può anche mancare se le ragioni della sua adozione si possono rinvenire dal testo⁷¹ (anche se il Trattato la prevede espressamente). La pubblicazione differenzia il regolamento dalla direttiva o dalla decisione che devono essere notificate ai destinatari. In realtà, però, anche queste, come i regolamenti, vengono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale comunitaria.

I regolamenti entrano in vigore venti giorni dopo la pubblicazione (per una *vacatio legis* inferiore è richiesta motivazione) o quando stabilito da essi. Nulla si dice sulla retroattività dei regolamenti. Il principio in questione subisce deroghe anche in ambito comunitario tranne che per i regolamenti aventi natura sanzionatoria.

La direttiva è quell'atto che vincola gli Stati membri circa il risultato da raggiungere salva la competenza degli organi nazionali in merito a forma e mezzi. Come la raccomandazione nel Trattato CECA, la direttiva vincola in relazione al fine ma, a differenza delle raccomandazioni CECA., le direttive, si dice, comportano obblighi soltanto per gli Stati mentre le raccomandazioni anche per le imprese⁷². In relazione all'attuazione di tale obbligo, va ricordato che lo Stato può decidere di adempiere all'obbligo con atto amministrativo o normativo.

La competenza ad emanare direttive in taluni casi è attribuita anche alla Commissione (*direttive di urgenza*, ad esempio).

Complicata è la relazione fra regolamenti e direttive: secondo molti⁷³ al regolamento dovrebbe essere riconosciuto un rango più elevato e ciò a causa

⁶⁹ *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel / Henck*, C-25/70 in *Racc.* 1970, 1161e *Rey Soda / Cassa Conguaglio Zuccheri*, C-23/75, *Racc.* 1976, p. 1279.

⁷⁰ *Beus GmbH / Hauptzollamt München* C-5/67, *Racc.* 1968, 115.

⁷¹ *An Bord Baine / Minister for Agriculture*, C-92/77, *Racc.* 1978, 497.

⁷² M.R. SAULLE, voce: "Direttiva", in *Enc. del diritto*, *Agg. II*, Milano, 1998, 293-298, 293.

⁷³ G.L. TOSATO, voce: "Regolamenti comunitari" *cit.*, 691.

della sua capacità di regolare in maniera completa la materia⁷⁴. All'interno delle direttive si distinguono in quelle dirette a singoli Stati e quelle dirette a tutto gli Stati membri: per le prime è prevista la notificazione (e, per prassi, la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale), per le seconde la pubblicazione. L'entrata in vigore avviene alla data stabilita nell'atto o venti giorni dopo la pubblicazione o in virtù della notificazione (altrettanto per le decisioni)⁷⁵. Per quanto riguarda la "forma" del provvedimento: la direttiva presenta una prima parte caratterizzata dai richiami dei precedenti normativi disciplinanti il settore a cui si fanno seguire l'indicazione dei risultati che gli Stati devono raggiungere e si gli obblighi a carico dei destinatari; infine, si hanno le disposizioni finali, il termine iniziale di efficacia e la procedura di pubblicazione. Lo Stato non solo può attuare la direttiva emanando atti amministrativi o normativi ma anche abrogare norme confliggenti con gli obiettivi da raggiungere o, in materia di politica sociale, concludendo accordi attuativi della direttiva. Va precisato che, quando l'obiettivo sia quello di avvicinare le legislazioni, è necessario che l'attuazione avvenga tramite atti normativi e non amministrativi. La direttiva si distingue dai vari atti di impulso o di indirizzo, istruzione o organizzazione che prescrivono criteri generali principi direttivi, linee di azione, per il suo carattere comunque vincolante e l'indicazione di uno o più risultati concreti.

All'interno del *genus* direttive vanno distinte le *direttive di coordinamento e di armonizzazione* dalle *direttive di ravvicinamento*: le prime riguardano l'adozione di misure e procedimenti tecnici, le altre l'adozione di provvedimenti normativi diretti alla modificazione di norme preesistenti e propedeutiche all'eliminazione di disparità fra legislazioni degli Stati. Come sostiene Motzo⁷⁶ la differenza fra i due tipi consiste nell'impiego dei mezzi e delle forme più che nel risultato finale. Il primo tipo di direttiva richiede agli organi nazionali una serie di attività politiche che contribuiscano alla rivelazione del risultato ultimo; nel secondo caso, invece, caso l'ambito lasciato agli organi nazionali è di mera esecuzione, essendo già individuato il risultato ultimo. Non c'è, però, una ripartizione ferrea tra questi due tipi di strumenti, potendo verificarsi il passaggio dall'uno all'altro in uno stesso ambito materiale.

⁷⁴ Non si può però escludere che una direttiva modifichi un precedente regolamento.

⁷⁵ Art. 254 TCE: "1. I regolamenti, le direttive e le decisioni adottati in conformità della procedura di cui all'articolo 251 sono firmati dal presidente del Parlamento europeo e dal presidente del Consiglio e pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Essi entrano in vigore alla data da essi stabilita ovvero, in mancanza di data, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione.

2. I regolamenti del Consiglio e della Commissione, nonché le direttive di queste istituzioni che sono rivolte a tutti gli Stati membri, sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Essi entrano in vigore alla data da essi stabilita ovvero, in mancanza di data, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione.

3. Le altre direttive e le decisioni sono notificate ai loro destinatari e hanno efficacia in virtù di tale notificazione".

⁷⁶ G. MOTZO, *Commento sub art 189 cit.*, 1406.

Venendo alle decisioni: esse sono obbligatorie in tutti i loro elementi e sembrano avere natura prevalentemente amministrativa o esecutiva (e questo le distinguerebbe dai regolamenti). L'elemento di differenziazione dalle direttive è dato dalla determinatezza del soggetto-destinatario (Stati o imprese) e dal contenuto specifico e completo del comportamento cui il destinatario deve attenersi.

Lo strumento della raccomandazione trova le sue origini nel diritto internazionale ed è volto alla collaborazione e al coordinamento dei singoli stati o di entità internazionali. Come tale soffre la presenza di strumenti maggiormente idonei alla realizzazione dei fini di una realtà come quella comunitaria. Alla raccomandazione comunitaria non verrebbero ricollegati effetti diretti dal Trattato che le conferiscono, però, rilevanza giuridica. Alla sua osservanza, comunque, vengono riconnessi effetti giuridici in seguito al comportamento dei destinatari. Al mancato seguito della raccomandazione potrebbe seguire una richiesta di motivazione ad uno degli Stati membri con successivo ricorso alla Corte per violazione degli obblighi del Trattato oppure l'adozione di un atto vincolante. Le raccomandazioni, allora, non darebbero origine ad altri effetti che non siano quelli indiretti ricollegati all'esistenza, nel Trattato, di obblighi specifici e di un generale obbligo di cooperazione⁷⁷.

Per quanto riguarda i pareri, essi non si distinguerebbero sostanzialmente dalle raccomandazioni: in realtà, secondo Motzo⁷⁸, i pareri possono essere formulati su richiesta esplicita oppure sulla base di una pregressa iniziativa o comunicazione mentre le raccomandazioni sono atti ad iniziativa spontanea. Diversa è anche l'efficacia operativa, che sarebbe più marcata per le raccomandazioni. Atipico rispetto al *genus* è il c.d. *parere di accertamento motivato*, previsto dagli artt. 226⁷⁹ e 227⁸⁰ TCE e funzionale alla precisazione delle ragioni degli Stati membri nella fase precontenziosa del procedimento di infrazione.

⁷⁷ Nelle parole di Motzo: "Le raccomandazioni comunitarie creano pertanto nel destinatario l'obbligo di tenerle presenti – conformandosi così agli obblighi generico o specifico di cooperazione – e di non porre in essere comportamenti che, in quanto non plausibili rispetto ai criteri, ai principi o alle modalità tecniche che vengono indicati nella sollecitazione ad agire, siano suscettibili di concretare una violazione del Trattato", G. MOTZO, *Commento sub art 189 cit.*, 1420. Essi, quindi, più precisamente andrebbero definiti come atti non immediatamente vincolanti.

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ Art. 226 TCE: "La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni.

Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia".

⁸⁰ Art. 227 TCE: "Ciascuno degli Stati membri può adire la Corte di giustizia quando reputi che un altro Stato membro ha mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente trattato.

Uno Stato membro, prima di proporre contro un altro Stato membro un ricorso fondato su una pretesa violazione degli obblighi che a quest'ultimo incombono in virtù del presente trattato, deve rivolgersi alla Commissione.

Chiarita la natura dei principali atti comunitari, risulta difficile distinguere, anche per la non chiara separazione dei poteri a livello comunitario, fra gli atti amministrativi e quelli normativi. È stato scritto sul punto che non potrebbe essere utilizzato a tal fine né il criterio formale-procedurale, né quello soggettivo della provenienza dell'atto da un determinato organo⁸¹. L'unico criterio certo per de Vergottini è quello che ricorre alla natura della funzione esercitata in concreto dall'organo⁸²: l'Autore⁸³ inserisce fra gli atti amministrativi le decisioni ma ricorda come, a dispetto del *nomen*, possano avere la sostanza di provvedimenti normativi anche i regolamenti. Interessante è rilevare come appaiano fonti del diritto oltre ogni ragionevole dubbio i regolamenti della BCE, riproponendosi per essi, le formule utilizzate per i regolamenti della Comunità (anche la diretta applicabilità) e visti i rinvii agli art 253, 254, 256 del TCE. operati dall'art 110 TCE⁸⁴.

5. *Le fonti nel Trattato-Costituzionale e nel Trattato di Riforma*

Qualche considerazione in chiusura di questa rapida sintesi può essere fatta con riferimento alle innovazioni apportate dal Trattato-Costituzione. Può essere

La Commissione emette un parere motivato dopo che gli Stati interessati siano posti in condizione di presentare in contraddittorio le loro osservazioni scritte e orali.

Qualora la Commissione non abbia formulato il parere nel termine di tre mesi dalla domanda, la mancanza del parere non osta alla facoltà di ricorso alla Corte di giustizia⁸⁵.

⁸¹ G. DE VERGOTTINI, *Note sugli atti normativi e amministrativi dell'ordinamento comunitario europeo*, Riv. Trim. dir. pubb., 1963, p. 887-970, p. 970.

⁸² G. DE VERGOTTINI, *Note sugli atti normativi*, 894.

⁸³ G. DE VERGOTTINI, *Note sugli atti normativi*, 936.

⁸⁴ Art. 110 TCE: "1. Per l'assolvimento dei compiti attribuiti al SEBC, la BCE, in conformità delle disposizioni del presente trattato e alle condizioni stabilite nello statuto del SEBC:

– stabilisce regolamenti nella misura necessaria per assolvere i compiti definiti nell'articolo 3, paragrafo 1, primo trattino, negli articoli 19, paragrafo 1, 22 o 25, paragrafo 2 dello statuto del SEBC e nei casi che sono previsti negli atti del Consiglio di cui all'articolo 107, paragrafo 6,

– prende le decisioni necessarie per assolvere compiti attribuiti al SEBC in virtù del presente trattato e dallo statuto del SEBC,

– formula raccomandazioni o pareri.

2. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti.

La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati.

Gli articoli 253, 254 e 256 si applicano ai regolamenti ed alle decisioni adottati dalla BCE.

La BCE può decidere di pubblicare le sue decisioni, le sue raccomandazioni ed i suoi pareri.

3. Entro i limiti e alle condizioni stabiliti dal Consiglio in conformità della procedura di cui all'articolo 107, paragrafo 6, la BCE ha il potere di infliggere alle imprese ammende o penalità di mora in caso di inosservanza degli obblighi imposti dai regolamenti e dalle decisioni da essa adottati⁸⁶.

innanzitutto ricordato il quadro delle proposte prospettato per la riforma dell'assetto delle competenze e delle fonti comunitarie: la risoluzione *Lamassoure* approvata dal Parlamento europeo, la proposta della Commissione e quella della Convenzione.

La proposta del PE propendeva per l'impossibilità di una fissazione rigida di competenze e per la disposizione di soli principi guida circa la scelta del livello adeguato, mentre le altre due distinguono quattro livelli di azione: *competenze esclusive UE*, *competenze esclusive degli Stati*, *competenze condivise* e *competenze complementari UE*. Le due proposte prevedevano strumenti di flessibilizzazione⁸⁵ del sistema del riparto e controlli sul sistema di delimitazione delle competenze⁸⁶. Per quanto riguarda la questione dell'assenza di gerarchia a livello comunitario venivano avanzate tre gruppi proposte: una del *PE*, una della *Commissione* ed una del *Gruppo semplificazione* in seno alla Convenzione.

Le prime due prevedevano una ridenominazione degli atti⁸⁷, una più marcata distinzione fra atti normativi ed atti esecutivi e un gruppo di atti chiamati delegati.

La differenza sta nel fatto che, nella proposta della *Commissione*, questi ultimi potevano essere delegati dal Consiglio solo alla Commissione mentre nella versione della Convenzione si prevedeva anche un curioso meccanismo che sa di autodelega dall'incomprensibile ed inutile, a questo punto, esistenza⁸⁸.

Il progetto del PE distingueva gli atti in blocchi (*costituzionale*, *legislativo*, *regolamentare*) e proponeva, fra gli atti primari, anche le *leggi organiche* escluse dal documento della Convenzione.

Il testo approvato dalla Conferenza intergovernativa affronta il tema delle fonti in poche disposizioni all'interno del Titolo "*Esercizio delle competenze dell'Unione*"⁸⁹.

⁸⁵ Fra cui ravvicinamento fra le legislazioni, riesame periodico del catalogo delle competenze, mantenimento *clausola dei poteri impliciti*.

⁸⁶ Controllo di legittimità preventiva azionabile da *Parlamento*, *Commissione*, *Consiglio*, *minoranza qualificata degli Stati membri*.

⁸⁷ Le *direttive* vengono chiamate *leggi quadro U.E.*, i regolamenti *leggi U.E.* e, all'interno degli atti secondari, i *regolamenti o decisioni di esecuzione*, *Rel. Gruppo Semplificazione*, *cit.*

⁸⁸ Sul punto E. Rossi, *Dai lavori della Convenzione europea significative convergenze su un nuovo assetto delle fonti comunitarie (ma Montesquieu è ancora in viaggio...)* in www.unife.it/forumcostituzional/.it.

⁸⁹ Art I-33

"Atti giuridici dell'Unione

1. Le istituzioni, per esercitare le competenze dell'Unione, utilizzano come strumenti giuridici, conformemente alla parte III, la legge europea, la legge quadro europea, il regolamento europeo, la decisione europea, le raccomandazioni e i pareri.

La legge europea è un atto legislativo di portata generale. È obbligatoria in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

La legge quadro europea è un atto legislativo che vincola tutti gli Stati membri destinatari per

Da notare all'interno della categoria degli atti giuridici dell'Unione (come identificati dagli art. I-33) la distinzione fra atti legislativi (legge quadro, legge) e non legislativi (decisioni europee, raccomandazioni) che sembra introdurre più chiaramente una distinzione gerarchica fra gli atti mentre per le caratteristiche degli atti in questione (leggi quadro, leggi) poco sembra cambiare rispetto alle qualità identificate dall'art. 249 TCE. Le categorie di atti in questione, inoltre, si distinguono anche per procedimento e per tutela⁹⁰: i regolamenti (quantomeno quelli di esecuzione) di cui al Trattato-Costituzione sono visti, a differenza dei vecchi regolamenti ora leggi, come atti esecutivi (almeno quelli di cui all'art. I-37⁹¹).

quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi.

Il regolamento europeo è un atto non legislativo di portata generale volto all'attuazione degli atti legislativi e di talune disposizioni specifiche della Costituzione. Può essere obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri, oppure vincolare lo Stato membro destinatario per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi.

La decisione europea è un atto non legislativo obbligatorio in tutti i suoi elementi. Se designa dei destinatari, essa è obbligatoria soltanto nei confronti di questi.

Le raccomandazioni e i pareri non hanno effetto vincolante.

2. In presenza di un progetto di atto legislativo, il Parlamento europeo e il Consiglio si astengono dall'adottare atti non previsti dalla procedura legislativa applicabile al settore interessato”.

Art I-34

“Atti legislativi

1. Le leggi e leggi quadro europee sono adottate congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio su proposta della Commissione, secondo la procedura legislativa ordinaria prevista all'articolo III-396. Se le due istituzioni non raggiungono un accordo, l'atto non è adottato.

2. Nei casi specifici previsti dalla Costituzione, le leggi e leggi quadro europee sono adottate dal Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo, secondo procedure legislative speciali.

3. Nei casi specifici previsti dalla Costituzione, le leggi e leggi quadro europee possono essere adottate su iniziativa di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo, su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di giustizia o della Banca europea per gli investimenti”.

Articolo I-35

“Atti non legislativi

1. Il Consiglio europeo adotta decisioni europee nei casi previsti dalla Costituzione.

2. Il Consiglio e la Commissione, in particolare nei casi previsti dagli articoli I-36 e I-37, e la Banca centrale europea nei casi specifici previsti dalla Costituzione, adottano regolamenti o decisioni europei.

3. Il Consiglio adotta raccomandazioni. Delibera su proposta della Commissione in tutti i casi in cui la Costituzione prevede che adotti atti su proposta della Commissione. Delibera all'unanimità nei settori nei quali è richiesta l'unanimità per l'adozione di un atto dell'Unione. La Commissione, e la Banca centrale europea nei casi specifici previsti dalla Costituzione, adottano raccomandazioni”.

⁹⁰ Come nota anche L. AZZENA, *Le fonti primarie*, in P. BIANCHI-E. CATELANI-E. ROSSI (a cura di), *Le nuove fonti comunitarie*, Padova, 2005, 91-114, 96. Si veda in proposito art. III-365, c. 4.

⁹¹ Articolo I-37

“Atti esecutivi

Incerta è la collocazione, invece, dei regolamenti delegati⁹², categoria che dimostra la problematicità del gruppo regolamentare.

In dottrina, infatti, è stato rilevato come la forza dei regolamenti delegati vada inquadrata partendo dalle disposizioni della delega che le autorizza (potendo, in teoria, concepirsi casi in cui essi possano essere abilitati a completare gli elementi essenziali della delega e casi in cui possano anche modificare il contenuto legislativo se autorizzato in tal senso⁹³): da questo dipende la loro collocazione nella scala delle fonti⁹⁴.

L'assetto delle fonti delineato dal Trattato-Costituzione è stata in parte confermato dal Trattato di Riforma anzi, potrebbe dirsi che proprio tale ambito dimostra la continuità sostanziale fra i due documenti.

Brevemente possiamo ricordare come ci siano due sostanziali posizioni nella dottrina costituzionalistica su questo punto: secondo autori come Besselink⁹⁵,

1. *Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione.*

2. *Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste all'articolo I-40, al Consiglio.*

3. *Ai fini del paragrafo 2 la legge europea stabilisce preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.*

4. *Gli atti esecutivi dell'Unione assumono la forma di regolamenti europei d'esecuzione o di decisioni europee d'esecuzione."*

⁹² Articolo I-36

"Regolamenti europei delegati"

1. *Le leggi e leggi quadro europee possono delegare alla Commissione il potere di adottare regolamenti europei delegati che completano o modificano determinati elementi non essenziali della legge o legge quadro.*

Le leggi e leggi quadro europee delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere. Gli elementi essenziali di un settore sono riservati alla legge o legge quadro europea e non possono pertanto essere oggetto di delega di potere.

2. *Le leggi e leggi quadro europee fissano esplicitamente le condizioni cui è soggetta la delega, che possono essere le seguenti:*

a) *il Parlamento europeo o il Consiglio può decidere di revocare la delega;*

b) *il regolamento europeo delegato può entrare in vigore soltanto se, entro il termine fissato dalla legge o legge quadro europea, il Parlamento europeo o il Consiglio non solleva obiezioni.*

Ai fini delle lettere a) e b), il Parlamento europeo delibera alla maggioranza dei membri che lo compongono e il Consiglio delibera a maggioranza qualificata".

⁹³ S. VUOTO, *Le fonti secondarie nel nuovo Trattato costituzionale europeo: aspetti generali*, in P. BIANCHI-E. CATELANI-E. ROSSI (a cura di), *op.cit.*, 151-173, 163.

⁹⁴ Per approfondire il tema in questione si segnala lo scritto di E. STRADELLA, *Il ruolo dei regolamenti delegati nel "nuovo" sistema delle fonti comunitarie*, in P. BIANCHI-E. CATELANI-E. ROSSI (a cura di), *op.cit.*, 205-220.

⁹⁵ L. BESSELINK, *The Notion and Nature of the European Constitution after the Reform Treaty*, Working Paper, 2007, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1086189>

ad esempio, il fallimento del Trattato-Costituzione è la conferma dell'impossibilità di avere una Costituzione (*Verfassung*) in senso pieno in ambito sovranazionale mentre tutt'al più si potrà avere una Legge Fondamentale (*Grundgesetz*). Su questa scia si collocano anche studiosi come Somek che "bolla" il Trattato di Riforma come un mero Trattato post-costituzionale⁹⁶. Al contrario, Ziller sottolinea come, al di là di cambi nominalistici (l'abbandono di termini come "costituzione", "legge", "ministro"), la sostanza rimanga (per lo più) intatta⁹⁷.

Nel nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (sorto con il Trattato di Riforma insieme al nuovo Trattato sull'Unione), le fonti del diritto (o, come sono chiamati nella terminologia del Trattato gli "atti giuridici dell'Unione") sono disciplinate dagli artt. 288 TFUE e seguenti.

L'art. 288 TFUE ricorda tali atti (denominati direttive, regolamenti, decisioni e raccomandazioni) e non menzionando quelli che nel Trattato costituzionale erano i regolamenti intesi come atti non legislativi di portata generale⁹⁸.

Sembra scomparire anche un'altra delle innovazioni del Trattato Costituzionale: la distinzione fra atti legislativi e non legislativi, prodotto dell'esplicita gerarchizzazione del sistema delle fonti.

In realtà, a ben vedere, tale distinzione viene mantenuta come si evince dall'art. 289 TFUE che disciplina la procedura legislativa (quella per regolamenti e direttive), caratterizzata (e qui abbiamo la conferma della seconda importante innovazione introdotta dal Trattato Costituzionale: la promozione della codecisione a procedura legislativa per eccellenza) dall'adozione congiunta da parte del Parlamento e del Consiglio⁹⁹.

⁹⁶ A. SOMEK, *Postconstitutional Treaty*, *German Law Journal*, 2007, 1121-1132.

⁹⁷ J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, 2008, Bologna, 127

⁹⁸ Articolo 288: "*Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri.*

Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi.

La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi.

Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti".

⁹⁹ Articolo 289: "*1. La procedura legislativa ordinaria consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione. Tale procedura è definita all'articolo 294.*

2. Nei casi specifici previsti dai trattati, l'adozione di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da parte di quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo costituisce una procedura legislativa speciale.

3. Gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi.

4. Nei casi specifici previsti dai trattati, gli atti legislativi possono essere adottati su iniziativa

Si mantiene anche l'introduzione dei regolamenti delegati da intendersi, alla luce della terminologia del Trattato-Costituzione, come atti non legislativi delegati: tali atti vengono disciplinati dall'art. 290 TFUE (dal quale si evince, ancora, la distinzione fra atti legislativi e non legislativi)¹⁰⁰.

In conclusione, l'ambito delle fonti del diritto è stato toccato molto nella forma, con l'abbandono della nuova terminologia degli atti e con il ritorno alla vecchia denominazione (direttive al posto delle leggi quadro, regolamenti al posto delle leggi), mentre le altre innovazioni, come ha ricordato anche la dottrina, sono state mantenute¹⁰¹, tra queste, una menzione particolare merita la

di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo, su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di giustizia o della Banca europea per gli investimenti”.

¹⁰⁰ Articolo 290 “1. Un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo.

Gli atti legislativi delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere. Gli elementi essenziali di un settore sono riservati all'atto legislativo e non possono pertanto essere oggetto di delega di potere. 2. Gli atti legislativi fissano esplicitamente le condizioni cui è soggetta la delega, che possono essere le seguenti:

a) il Parlamento europeo o il Consiglio possono decidere di revocare la delega;

b) l'atto delegato può entrare in vigore soltanto se, entro il termine fissato dall'atto legislativo, il Parlamento europeo o il Consiglio non sollevano obiezioni.

Ai fini delle lettere a) e b), il Parlamento europeo delibera a maggioranza dei membri che lo compongono e il Consiglio delibera a maggioranza qualificata.

3. L'aggettivo “delegato” o “delegata” è inserito nel titolo degli atti delegati”. Quelli che erano gli atti esecutivi sono disciplinati dall'art. 291 TFUE: “1. Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione.

2. Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea, al Consiglio.

3. Ai fini del paragrafo 2, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

4. I termini “di esecuzione” sono inseriti nel titolo degli atti di esecuzione”.

¹⁰¹ H. HOFMANN, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, *European Law Journal*, 2009, 482-505, 483: “The typology of acts under the Treaty of Lisbon has had a complex historical genesis. It was born from the necessity to create a more self-effacing project than the Treaty establishing a Constitution for Europe (Constitutional Treaty, CT) had been. Both have in common that they are reform treaties addressing institutional needs of the EU. In both, one of the most important items on the agenda of reform was the simplification of the legal system by creating a new typology of legal acts of the EU. Such a reform has implications for many aspects of the legal and political system of the EU, most notably the further development of the ‘institutional balance’ at the European level. This is the European code for ‘separation of powers’ and its inherent ‘system of checks and balances’. 4 A reform of the typology of acts also has implications for legitimacy of governing through influencing transparency and intelligibility of legal acts and

formalizzata gerarchia delle fonti, che rappresenta indubbiamente un passo importante anche per il processo di democratizzazione dell'Unione, dato l'indissolubile legame fra sistema delle fonti e forma di Stato da cui ha preso le mosse la nostra riflessione.

**FROM THE NOTION TO THE TYPOLOGIES:
SHORT REMARKS ON THE LAW OF THE LEGAL SOURCES
IN THE EUROPEAN UNION LEGAL ORDER**

by Giuseppe Martinico

Abstract

This paper aims at giving a brief overview of the legal sources system in the European Union.

After investigating the different meanings of the tricky formula "sources of law", the author moves to the analysis of the classic legal instruments of the EC law.

Finally, the last part of the work is focused on the changes introduced in this field by the Reform Treaty.

Il problema dell'efficacia dei controlli ispettivi esterni

di Antonio Leo Tarasco*

SOMMARIO: 1. L'inefficacia degli organismi di controllo esterno: esemplificazioni ed ipotesi ricostruttive. - 1.1. I Servizi ispettivi di finanza pubblica (S.I.F.I.P.): cornice normativa ed efficacia operativa. - 1.1.1. Effetti ed efficacia degli accertamenti ispettivi dei S.I.F.I.P. - 1.1.2. In particolare, gli effetti degli accertamenti dei S.I.F.I.P. in tema di federalismo fiscale. - 1.2. L'Ispettorato per la funzione pubblica (IS.FU.P.). - 1.3. La parabola del SE.C.I.T. e la scomparsa di controlli esterni nel settore tributario. - 1.4. L'attività ispettiva sugli interventi di emergenza di protezione civile. - 1.5. Il controllo sulla corruzione e la trasparenza nella P.A. (il S.A.ET.). - 2. Controlli sulla spesa ed accertamenti fiscali. - 2.1. Premessa. - 2.2. Analisi normativa. - 3. Per un'*authority* (unica) sul controllo della qualità della P.A.

1. *L'inefficacia degli organismi di controllo esterno: esemplificazioni ed ipotesi ricostruttive*

Il presente studio si propone di esaminare gli organismi di controllo esterno distinti dalla Corte dei conti che esercitano il proprio controllo sull'attività delle amministrazioni pubbliche. Il punto di vista prescelto è quello della misurazione dell'efficacia del sistema dei controlli esterni in considerazione sia degli effetti politici prodotti che di quelli giuridici (intendendo per effetti giuridici, a sua volta, sia quelli sul miglioramento dell'amministrazione che sul sanzionamento della stessa). L'indagine ha lo scopo di verificare e misurare le conseguenze che discendono dai procedimenti di controllo posti in essere. Non potendo accontentarsi di limitare la conoscenza alla descrizione cosmogonica degli apparati di controllo, credo sia opportuno orientare l'indagine sugli effetti che essi producono e, dunque, sulla capacità del sistema dei controlli di raggiungere il risultato sia del rilevamento che della correzione delle inefficienze e diseconomicità dell'amministrazione (ciò che definisco come "efficacia del sistema dei controlli"). Lo studio degli effetti

* Ringrazio i professori Giovanni Leone e Claudio Franchini per aver letto una prima versione dello scritto. Esprimo la mia profonda gratitudine al Presidente Girolamo Caianiello i colloqui con il quale hanno rappresentato lo stimolo quotidiano e vivificante per la ricerca di cui mi assumo, ovviamente, ogni responsabilità per errori, omissioni ed opinabilità delle conclusioni.

e dell'efficacia dei controlli costituiranno, dunque, i due momenti, in parte distinti in parte sovrapponibili, attraverso cui si svilupperà la nostra indagine.

La tematica dell'efficienza e dei suoi controlli e, dunque, dei “controlli di efficienza” – come venivano sinteticamente chiamati nel 1979 dal GIANNINI nel *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*¹ – appare di grande attualità non solo in astratto, per il rilievo che, finalmente, la cultura giuridica contemporanea riconosce ai concetti di “risultato” e di “risorsa” ma altresì in considerazione di un fenomeno sempre più evidente: la dissoluzione dell'inefficienza nelle cause legittimanti l'adozione di provvedimenti di (formale) emergenza; ciò che serve proprio a conferire poteri straordinari per gestire non già situazioni di tipica emergenza quanto, piuttosto, di incapacità e inefficienza delle amministrazioni contemporanee “nell'affrontare i problemi con i mezzi ordinari”, come ad esempio nel paradigmatico caso dello smaltimento dei rifiuti in Campania². La tendenza ad assimilare situazioni ordinarie a quelle imprevedibili o impreviste al fine di giustificare l'attribuzione di poteri straordinari nasce proprio dalla riconosciuta incapacità di gestire con efficienza l'ordinario, con tutti i prevedibili dubbi e problemi di legittimità di tale tendenza normativa³. È questo un ulteriore profilo di interesse della tematica in discorso dal momento che deve ragionevolmente immaginarsi come controlli di efficienza che si rivelino nella pratica anche efficaci potrebbero ridurre notevolmente i casi di ricorso al c.d. “governo dell'emergenza”⁴ per superare situazioni di inefficienza cui l'ordinario sistema di controlli non ha saputo porre rimedio.

L'indagine che ci si appresta a svolgere è resa più difficile dalla scarsità degli studi giuridici su tale profilo che viene approfondito, infatti, non tanto dagli studiosi di diritto pubblico quanto dagli economisti, molto più propensi dei giuristi a misurare *performance* delle aziende (private e) pubbliche e, quindi, anche dei relativi sistemi di controllo⁵.

¹ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, § 5.8, p. 37, ora agevolmente consultabile in www.tecnichenormative.it/RapportoGiannini.pdf; nonché in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722 ss. Per un inquadramento generale delle diverse nozioni e delle relative problematiche si veda M.S. GIANNINI, *Il controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1263 ss., ora anche in M.S. GIANNINI, *Scritti. 1970-1976*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2005, 721 ss.

² Così C. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 561 ss., 562.

³ Si veda, ad esempio, il caso del commissario straordinario per la velocizzazione delle procedure relative ad investimenti pubblici ritenuti prioritari per lo sviluppo economico, e previsto dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008, di cui tratta C. FRANCHINI nello scritto *La figura del commissario straordinario*, prima citato.

⁴ Espressione, questa, che si deva a A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008.

⁵ Si veda, ad esempio, l'accurata ricerca condotta da G. REBORA (a cura di), *La crisi dei controlli: imprese e istituzioni a confronto*, Pearson Education Italia, Milano, 2007 e, in precedenza, *La*

Nel misurare l'*efficacia* del controllo in considerazione degli *effetti* di questo, scopriamo che gli organismi di controllo e di ispezione da noi esaminati appaiono sostanzialmente inutili: non solo essi non risultano titolari di espliciti poteri sanzionatori o sostitutivi verso i soggetti controllati ma non risultano dotati neanche dei poteri necessari per pretendere i documenti e le informazioni richieste alle amministrazioni controllate e/o ispezionate.

L'art. 3, comma 68, legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) che prescrive ad ogni ministro di trasmettere annualmente alle camere, per l'esame da parte delle commissioni parlamentari "una relazione sullo stato della spesa, sull'efficacia nell'allocazione delle risorse nelle amministrazioni di rispettiva competenza e sul grado di efficienza dell'azione amministrativa svolta, con riferimento alle missioni e ai programmi in cui si articola il bilancio dello Stato". Le relazioni devono segnalare in particolare i risultati conseguiti dall'amministrazione nel perseguimento delle priorità politiche individuate dal ministro nonché le linee di intervento individuate e perseguite al fine di migliorare l'efficienza, la produttività e l'economicità delle strutture amministrative e i casi di maggior successo registrati.

Purtroppo, a tal pur necessario monitoraggio non segue alcun effetto giuridico, se non quello della assunzione della responsabilità politica della dirigenza verso il ministro e di questo verso l'elettorato; profilo, quest'ultimo che, benché integri nei suoi elementi essenziali i momenti tipici dell'*accountability* degli organi di governo, assume nei fatti una scarsa utilità se è vero che la risposta elettorale spesso appare rigida ed insensibile rispetto ai risultati dell'azione di governo.

L'ordinamento italiano pullula dei più vari organismi di controllo esterno privi del benché minimo potere di incidere significativamente sulla realtà giuridica o materiale sottoposta al loro controllo e, nella maggior parte dei casi, privi finanche dei poteri necessari a svolgere il prescritto controllo, non essendo titolari almeno esplicitamente di poteri incisivi da utilizzare durante il procedimento di controllo nei confronti del controllato che, ad esempio, si rifiuti di esibire i documenti richiesti.

Trattasi di una vera e propria costante, come è dimostrato anche dalla abrogazione delle rarissime eccezioni normative in cui un organismo di controllo

valutazione dei risultati nelle amministrazioni pubbliche, Guerini e Associati, Milano, 1999. Nel medesimo gruppo di economisti che si sono impegnati a studiare l'efficacia dei controlli manageriali nelle amministrazioni pubbliche, si vedano nella letteratura straniera C. PROPPER-D. WILSON, *The use and usefulness of performance measures in the Public Sector*, in *CMPO Working Papers Series* n. 03/073, 1 ss.; ROYAL STATISTIC SOCIETY, *Performance indicators: good, bad, and ugly*, in <http://www.rss.org.uk/main.asp?page=1222>, S. TAU e D. BRAUNS, *Resistance to evaluation: a psychological perspective evaluation*, 9 (3), 247 ss.; W. VAN DOOREN, *Performance measurement in the Flemish Public Sector: a supply and demand approach*, in <https://repository.cc.kuleuven.be/dspace/handle/1979/205>.

sull'attività (come il Servizio ispettivo degli ispettori tributari - SE.C.I.T., ad esempio) era dotato di poteri idonei ad assicurare gli accertamenti prescritti dalla legge. Il panorama è assai vario ed interessante: si spazia dagli organismi di controllo *resi inutili* perché privi di poteri incisivi verso il soggetto controllato, ma che in astratto dovrebbero poter svolgere una significativa attività (si pensi all'Ispettorato per la funzione pubblica o i Servizi ispettivi di finanza pubblica), agli organismi *geneticamente inutili* perché nascono senza una missione ben definita e finiscono con il navigare per le acque indefinibili di vaghi concetti normativi rispetto ai quali nessuno potrà mai veramente dire se abbiano svolto o meno i compiti affidati (ed il pensiero corre al Servizio anticorruzione e trasparenza – SAET).

Si offre, qui di seguito, una sintetica (ma rappresentativa) rassegna normativa dei principali organismi di controllo operanti in eterogenei settori ordinamentali; l'esposizione non intende essere esaustiva della galassia dei controlli ma unicamente dimostrare l'urgenza di una ricognizione completa degli organismi e dei poteri di controllo e la loro auspicabile riconduzione all'interno di un'unica autorità a sua volta assoggetta al controllo della Corte dei conti.

Ovviamente, il discorso non vale per la Corte dei conti, pur essa organismo di controllo esterno, costituzionalmente necessaria (art. 100 Cost.), specificamente deputata a svolgere l'essenziale ruolo di ausilio delle Camere ed i cui referti sulla gestione delle amministrazioni pubbliche non possono avere altro effetto che l'induzione di un successivo meccanismo di controllo politico delle assemblee rappresentative (dai consigli comunali al Parlamento) verso ciascun livello di Esecutivo in relazione a gestioni inefficienti e/o diseconomiche da essa stessa rilevate.

Assai deludente, invece, appare essere la configurazione degli organismi di controllo esterno di natura prettamente amministrativa, che dovrebbero invece efficacemente completare il sistema di controlli incardinato sul ruolo della Corte dei conti e sul raccordo dei diversi organismi di controllo esterno tra loro nonché tra questi e la Corte stessa⁶. Non diversa configurazione assumono gli organismi di controllo che svolgono funzioni ispettive⁷, come dimostrato dalle considerazioni seguenti.

Il punto centrale della questione, infatti, non consiste nell'alterare il ruolo di ausilio alle Camere svolto dalla Corte dei conti bensì di affiancare a questa validi organismi di controllo ed ispezione la cui attività – avente, stavolta, immediata

⁶ Esigenza di raccordo evidenziata, da ultimo, proprio dalla Corte dei conti, delib. n. 29/ CONTR/09, 23 giugno 2009, in sede di Audizione presso la Camera dei deputati sullo "Schema di decreto legislativo di attuazione alla delega contenuta nella legge 4 marzo 2009, n. 15".

⁷ Sul tema si veda la classica monografia di V. TENORE, *L'ispezione amministrativa*, cit., *passim*, oltre alle voci enciclopediche di G. D'AURIA, *Ispettorato. D) Nozione e profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Treccani, Roma, 1989 e di G. LANDI, voce *Isppezioni ed inchieste amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Treccani, Roma, 1989, cui si aggiunga il saggio di M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1111 ss.

incidenza sui soggetti sottoposti a controllo – sia supervisionata proprio dalla magistratura contabile. L'efficacia complessiva del sistema dei controlli non può che essere la risultante dell'azione di organi amministrativi di controllo e di organismi (come la Corte) che su quegli organi di controllo vigili riferendo altresì al Parlamento, come voluto dai Costituenti: “La promozione del miglioramento tramite la valutazione e il controllo necessita dell'azione complessiva di un sistema integrato di attori con ruoli differenziati e identità distinte, piuttosto che il tentativo di attribuire valenze e ruoli molteplici ad un unico attore”⁸.

In pratica, il riconoscimento della originaria *purezza* delle funzioni di controllo della Corte nel suo rapporto con le assemblee politiche per il conseguente esercizio del controllo nei confronti dell'amministrazione apre la strada ad un potenziamento del complessivo sistema dei controlli, ivi inclusi quelli interni e quelli svolti in maniera ordinariamente ispettiva, i quali si scoprono avere una funzione di completamento rispetto a quelli della Corte. Ed è per questo che ora si passerà ad approfondire tale altra morfologia di controlli a torto lungamente trascurata sia dal legislatore che dagli studiosi.

1.1. *I Servizi ispettivi di finanza pubblica (S.I.F.I.P.): cornice normativa ed efficacia operativa*

Il più antico servizio ispettivo italiano è rappresentato dall'*Ispettorato generale di finanza*, istituito nel 1939 con la legge n. 1037 del 26 luglio. In particolare, i *Servizi ispettivi di finanza pubblica* (S.I.F.I.P.) costituiscono la struttura operativa dell'*Ispettorato generale di Finanza della Ragioneria generale dello Stato*⁹.

Un problema di non trascurabile importanza è costituito dalla estensione del potere ispettivo dei S.I.F.I.P. alle regioni ed agli enti locali. Tale profilo problematico, come è immaginabile, si è acuito particolarmente con la legge costituzionale n. 3 del 2001 di riforma del Titolo V della Costituzione con il connesso potenziamento del ruolo legislativo ed amministrativo, rispettivamente, di regio-

⁸ M. TURRI, *Il controllo successivo sulla gestione della corte dei conti: esame di un referto (la gestione dell'emergenza rifiuti effettuata dai commissari del governo) in ottica economico-aziendale*, in *Riv. Corte conti*, 2008, 213 ss., 230.

⁹ Problema di non poco momento è capire se i Servizi ispettivi della Ragioneria generale dello Stato (R.G.S.) abbiano la preparazione tecnica e culturale necessaria per verificare effettivamente la *proficità della spesa pubblica*, ossia l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, e non solo la sua regolarità amministrativa e contabile, come pur prescrive la normativa istitutiva fin dalle sue origini, secondo una logica seguita anche nell'art. 9, D.P.R. 30 gennaio 2008, n. 43 (regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze), che assegna ai SIFIP, tra l'altro, “attività ispettiva sulla *regolarità e proficità* della gestione amministrativo-contabile delle pubbliche amministrazioni, enti ed organismi pubblici, tenuto conto anche della Direttiva annuale per l'azione amministrativa e la gestione del Ministero, nonché sul sistema delle Ragionerie” (comma 1, lett. a)).

ni ed enti locali. Nonostante la prevedibile interpretazione estensiva – propugnata in via di prassi amministrativa dalla Ragioneria generale dello Stato (R.g.s.) – del concetto di Stato come esteso all'intero settore di finanza pubblica, sulla falsariga dell'analoga interpretazione proposta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 29/1995 con riguardo ai poteri della Corte dei conti come organo di controllo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-persona, regioni ed enti locali hanno opposto sovente chiusure e resistenze rispetto alle indagini ispettive dei S.I.FI.P. sia che fossero finalizzate alle verifiche amministrativo-contabili che alla verifica del Patto di stabilità interno ovvero al c.d. *Patto sulla salute* specificamente firmato tra Stato e Regioni in sede di Conferenza unificata.

La confusione interpretativa intorno al significato da dare alla normativa istitutiva dei S.I.FI.P. ove letta alla luce della riforma costituzionale del Titolo V, ha trovato una ragionevole soluzione all'interno della *Legge di contabilità e finanza pubblica* di cui alla legge 31 dicembre 2009 n. 196, in cui è stato valorizzato il significato del combinato disposto dell'art. 117, comma 2, cost. ed art. 119, comma 2, cost., in tema di armonizzazione dei sistemi di finanza pubblica centrale e locale. Con una forte valenza sia simbolica che precettiva, l'art. 1, comma 1, della predetta legge n. 196/2009 stabilisce il principio fondamentale secondo cui ogni amministrazione pubblica “concorr[el] al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica sulla base dei principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica, e ne condividono le conseguenti responsabilità”. Tale principio generale si traduce – nel successivo art. 14, lett. d) – nella attribuzione alla Ragioneria generale dello Stato del compito di “effettuare, tramite i Servizi ispettivi di finanza pubblica, verifiche sulla regolarità della gestione amministrativo-contabile delle amministrazioni pubbliche, ad eccezione delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano”. Le regioni, invece, sembrano potersi includere insieme agli enti locali nella locuzione “enti territoriali” per quanto riguarda le verifiche dei S.I.FI.P. finalizzate “a rilevare eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica”; la correttezza di tale interpretazione parrebbe confermata dal legislatore laddove attribuisce ai S.I.FI.P. nel successivo periodo della medesima lett. d), e sempre a proposito delle verifiche sugli “enti territoriali”, anche le verifiche “richieste dal Ministro competente all'avvio della procedura di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131”, procedura che – come noto – concerne l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo centrale nei confronti delle regioni inadempienti nelle ipotesi previste dall'art. 120 Cost.

Ciò significa che, grazie all'innovazione contenuta nella legge generale di contabilità e finanza pubblica del 31 dicembre 2009, i controlli dei S.I.FI.P. appaiono completi verso comuni, province, comunità montane e città metropolitane (comprendendo sia verifiche amministrativo-contabili che verifiche “sugli scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica”, come ad esempio il *Patto di stabilità interno* e c.d. “Patto per la salute per gli anni 2010-2012”) mentre nei confronti degli enti regionali i controlli dei S.I.FI.P. appaiono limitati ai soli “scostamenti

dagli obiettivi di finanza pubblica” essendo esse inquadrabili tra gli “enti territoriali” menzionati nella predetta lett. *d*) dell’art. 14, legge 196/2009.

1.1.1. *Effetti ed efficacia degli accertamenti ispettivi dei S.I.F.I.P.*

Se quella descritta è l’organizzazione e il quadro delle competenze dei Servizi ispettivi di finanza pubblica della Ragioneria generale dello Stato, bisogna ora verificare quali siano gli effetti concreti che derivano dagli accertamenti ispettivi ch’essi svolgono.

L’attività di accertamento dei S.I.F.I.P. si fonda esclusivamente sulla documentazione amministrativa e contabile (“*atti e documenti che esso ritenga necessari per i suoi accertamenti*”) che i soggetti pubblici sono tenuti ad esibire ex art. 3 della legge 1037/1939; di tal guisa, i S.I.F.I.P. non risultano titolari (almeno esplicitamente) di un potere di “accesso”, allo scopo di apprendere direttamente fatti e notizie, analogamente a quanto previsto per gli uffici dell’amministrazione finanziaria dall’art. 32, comma 1, del T.U.I.R. e dall’art. 51, comma 2, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. La loro rappresentazione dei fatti rilevati sarà sempre condizionata dalla intermediazione di *atti e documenti* già formati dalla P.A., a meno che l’espressione (“*atti e documenti che esso ritenga necessari per i suoi accertamenti*”) non voglia essere interpretata come implicitamente attributiva del potere necessario¹⁰ per acquisire notizie utili agli accertamenti da svolgersi, ivi incluso l’accesso agli uffici della P.A. anche in modo da verificare la “*proficuità della spesa*” (v. art. 9, comma 1, lett. a), D.P.R. 43/2008: *retro*) di quegli stessi uffici attraverso l’esame diretto della funzionalità ed efficienza degli uffici e della qualità dei servizi (materiali e giuridici) erogati nel momento stesso in cui quegli uffici compiono atti, attività e pongono in essere comportamenti giuridicamente rilevanti (non ultimo, ad esempio, ogni forma di relazione con il pubblico).

In secondo luogo, si noti come ove i soggetti pubblici non corrispondano alle richieste istruttorie, l’art. 3 non prevede alcuna sanzione, contrariamente a quanto accade in tema di accertamenti fiscali¹¹ ma anche di autorità indipendenti, ivi inclusa l’Autorità di controllo sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad esempio. L’adempimento delle diverse richieste istruttorie degli ispettori della R.G.s. è oggi basato esclusivamente su un “senso di leale collaborazione” degli

¹⁰ Secondo la teoria dei poteri impliciti: v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.

¹¹ Infatti, stando alla lettera dell’art. 32, comma 4, T.U.I.R. (D.P.R. 600/1973), la mancanza di collaborazione del contribuente evidenziata nella mancata comunicazione delle notizie ed i dati richieste ovvero nella mancata esibizione degli atti, documenti, libri e registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell’ufficio possono costituire elemento valutabile “ai fini dell’accertamento in sede amministrativa e contenziosa”.

uffici pubblici, visto che la *lex imperfecta* di cui all'art. 3 fissa l'obbligo ma non la sanzione per il suo inadempimento. Stessa ingiustificata limitazione sussiste per Corte dei conti per la cui attività istruttoria l'art. 3, comma 8, legge n. 20/1994 prevede ch'essa possa "richiedere alle amministrazioni pubbliche ed agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia e può effettuare e disporre ispezioni e accertamenti diretti", potendo altresì delegare adempimenti istruttori a funzionari delle pubbliche amministrazioni e avvalersi di consulenti tecnici; ma senza nulla specificare in ordine all'eventuale e possibile inadempimento dell'amministrazione richiesta (come di frequente accade)¹².

Accanto a tali lacune normative riguardanti specificamente la genuinità e linearità dello svolgersi dell'indagine dei S.I.F.I.P., devono poi esaminarsi gli effetti giuridici derivanti dagli accertamenti ispettivi della Ragioneria generale dello Stato. Al riguardo può affermarsi che, analogamente a quanto accade anche per gli altri organismi ispettivi previsti dall'ordinamento, dalle verifiche ispettive dei S.I.F.I.P. non derivano immediatamente effetti giuridici nella sfera dei soggetti sottoposti a controllo.

Contrariamente a quanto accade, ad esempio, per gli uffici responsabili dell'accertamento tributario che possono irrogare sanzioni verso i contribuenti, due soltanto sono le conseguenze principali delle ispezioni svolte. In primo luogo, l'art. 7, legge n. 1037/1939, stabilisce che "l'Ispettorato generale di finanza, sulla base degli accertamenti compiuti, è tenuto a suggerire i provvedimenti dai quali possa derivare economia nella gestione del bilancio". Trattasi, in pratica, dell'instaurazione di una dialettica con l'amministrazione al fine di verificare se le eventuali irregolarità riscontrate siano state sanate oppure no. Ma rispetto alle irregolarità stesse, non può essere esercitato alcun potere diretto da parte dei singoli ispettori ovvero del Ragioniere generale dello Stato da cui essi dipendono. Infatti, il successivo art. 8 della stessa legge istitutiva del 1939 prevede che per ogni esercizio finanziario l'Ispettorato generale di finanza presenta al Ragioniere generale dello Stato una relazione sul lavoro compiuto il quale, poi, la trasmette "con le proprie eventuali osservazioni" al Ministro delle finanze (comma 2).

In secondo luogo, come tutti gli altri funzionari od amministratori pubblici, *a fortiori* per gli ispettori, nell'esercizio delle loro funzioni, sussiste "l'obbligo di denunciare alla procura generale della corte dei conti le irregolarità riscontrate" (art. 27, comma 4, legge n. 93/1983). Trattasi, peraltro, di una norma inutilmente ripetitiva poiché specifica quanto più in generale l'art. 20, comma 2, d.P.R. n. 3 del 1957 prevede analogo obbligo per gli ispettori generali delle amministrazio-

¹² L'imperfezione del sistema è stata notata anche dagli economisti studiosi di organizzazioni aziendali, secondo cui nell'attività di controllo della Corte dei conti manca "la capacità di incentivare *whistleblowers*, ovvero di spingere soggetti che operano a stretto contatto con il controllato ad agevolare l'indagine": così M. TURRI, *Il controllo successivo sulla gestione*, cit., 225.

ni statali che rilevino fatti dannosi (ossia l'obbligo di "farne immediatamente denuncia al Procuratore generale della Corte dei conti, informandone nel contempo il direttore generale o il capo del servizio competente").

Tuttavia – si noti – dalla complessa e meticolosa attività ispettiva svolta dai Servizi ispettivi della R.G.S. non deriva alcun effetto immediato nella sfera giuridica del controllato, fatta salva l'instaurazione dell'eventuale giudizio di responsabilità della Corte dei conti ove il P.M. contabile ravvisi nel rapporto del servizio ispettivo gli estremi di una *notitia damni*; ma in tal caso ci si sposta dal piano amministrativo a quello giurisdizionale.

Non risulta espressamente applicabile alle ispezioni dei S.I.F.I.P. né a quelle di altro organismo ispettivo generale la norma speciale di cui all'art. 6, comma 3, D.P.R. n. 51/1953 che pone a carico dell'ispettore una responsabilità solidale con l'autore del fatto per i "danni derivanti da eventuali irregolarità non rilevate per dolo o colpa grave in sede di ispezione compiuta" dall'ispettore. Pur configurando una efficace forma di responsabilità omissiva a carico dell'ispettore per omessa denuncia dei danni rilevati, la norma risulta inapplicabile ad ogni accertamento ispettivo che esuli dalle ispezioni sugli interventi d'urgenza nel settore della Protezione civile (v. *infra*).

1.1.2. *In particolare, gli effetti degli accertamenti dei S.I.F.I.P. in tema di federalismo fiscale*

Le verifiche dei S.I.F.I.P. posseggono una specifica rilevanza anche nell'ambito del federalismo fiscale di cui alla legge di delega 5 maggio 2009, n. 42.

Gli accertamenti da essi svolti per "rilevare eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica" (art. 14, comma 1, lett. *d*), terzo periodo, legge n. 196/2009) sono trasmessi alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica affinché possa valutare l'opportunità di attivare il procedimento denominato "Piano per il conseguimento degli obiettivi di convergenza" di cui all'art. 18 della legge 5 maggio 2009, n. 42. Ciò significa che eventuali scostamenti rispetto agli obiettivi di finanza pubblica causati sia da regioni che da enti locali territoriali, una volta rilevati dai S.I.F.I.P., formeranno oggetto di valutazione essenzialmente politica da parte dell'organismo previsto dall'art. 5, comma 1, lett. *a*), legge n. 42/2009, e che concorre alla definizione delle procedure per accertare quegli stessi scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica, anche promuovendo "l'attivazione degli eventuali interventi necessari" per il rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, ed in particolare per ciò che concerne la procedura del Patto di convergenza definita dallo stesso art. 18, legge n. 42/2009¹³.

¹³ Definito dall'art. 18, legge n. 42/2009, come la "convergenza dei costi e dei fabbisogni stan-

Il ruolo servente dell'accertamento dei S.I.F.I.P. rispetto all'attivazione della conseguente procedura del "Piano per il conseguimento degli obiettivi di convergenza" appare, però, assai mortificato dall'elevato tasso di discrezionalità politica che presiede all'attivazione di siffatto Piano, al punto tale da indurre a chiedersi a cosa mai – ed in quali casi – servirà in concreto il referto dei S.I.F.I.P. rispetto al ristabilimento degli obiettivi non raggiunti da parte dei diversi enti. Si pensi, infatti, che se da un lato l'art. 14, comma 1, lett. d), legge n. 169/2009 stabilisce che è la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica (cui sono indirizzati i referti) a "po[ter] valutare l'opportunità di attivare il procedimento" del "Piano per il conseguimento degli obiettivi di convergenza", dall'altro l'art. 18, legge n. 42/2009, a proposito delle attribuzioni della predetta Conferenza, precisa che questa si occupa esclusivamente del "monitoraggio" degli scostamenti dagli obiettivi assegnati ai diversi enti pubblici territoriali, mentre l'attivazione del Piano di cui all'art. 5 spetta allo Stato ma solo "previa intesa in sede di Conferenza unificata" e comunque "limitatamente agli enti che presentano i maggiori scostamenti nei costi per abitante".

In sintesi, l'attivazione della procedura del "Piano per il conseguimento degli obiettivi di convergenza", ancorché formalmente attivata dallo Stato – ossia dal Governo statale – prevede una prima fase di istruttoria ispettiva da parte dei S.I.F.I.P. ed un momento di valutazione politica svolto dalla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica a sua volta costituita in seno alla Conferenza unificata. Tra i parametri per la corretta valutazione politica dell'opportunità di attivare il Piano di cui sopra, inoltre, la legge sul federalismo fiscale del 2009 esclude espressamente che gli enti che presentino i minori scostamenti nei costi per abitante possano essere destinatari del "Piano", dal momento che soltanto per gli "enti che presentano i maggiori scostamenti nei costi per abitante" saranno oggetto di siffatta procedura; procedura che, ad ogni modo, pur se attivata dopo complessa *istruttoria tecnica* (a cura dei S.I.F.I.P.) e *politica* (da parte della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica e, quindi, della Conferenza unificata), comporta unicamente un accertamento delle "cause degli scostamenti" e la determinazione delle "azioni correttive da intraprendere". Un effetto, questo, che sembra – se non proprio inutile – quanto meno privo di qualsiasi proporzione rispetto alla complessità del procedimento politico-amministrativo sottostante; e ciò soprattutto ove si ponga mente al fatto che la verifica degli scostamenti rispetto agli obiettivi di finanza pubblica costituisce l'unica forma di controllo che i Servizi ispettivi della R.G.s. possono svolgere nei confronti delle regioni.

dard dei vari livelli di governo" nonché il "percorso di convergenza degli obiettivi di servizio ai livelli essenziali delle prestazioni e alle funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettere m) e p), della Costituzione".

1.2. *L'Ispettorato per la funzione pubblica (IS.FU.P.)*

Altro organismo ispettivo interistituzionale che esercita le proprie attribuzioni verso la generalità delle amministrazioni pubbliche è rappresentato dall'*Ispettorato per la funzione pubblica* (IS.FU.P.), disciplinato dall'art. 60, comma 6, d.lgs. n. 165/2001. Per la verità, l'Ispettorato nasce con la funzione di affiancare i Servizi ispettivi della Ragioneria generale dello Stato, in collaborazione con i quali esso normalmente svolge attività ispettiva; praticamente sovrapponibile ai S.I.F.I.P. è anche l'ambito operativo dell'IS.FU.P.¹⁴.

¹⁴ Il comma 6 dell'art. 60, d.lgs. n. 165/2001, esordisce stabilendo che allo svolgimento delle verifiche ispettive integrate di competenza della Ragioneria generale dello Stato, e finalizzate alla valutazione e verifica delle spese pubbliche, con particolare riferimento agli oneri dei contratti collettivi nazionali e decentrati, "può partecipare l'ispettorato per la funzione pubblica, che opera alle dirette dipendenze del Ministro per la funzione pubblica" e, dunque, non in posizione di autonomia ed indipendenza, benché l'ultimo periodo del 6° comma specifichi che "gli ispettori, nell'esercizio delle loro funzioni, hanno piena autonomia funzionale". In aggiunta a tale competenza concorrente con quella dei S.I.F.I.P., l'Ispettorato svolge interessanti compiti ispettivi di vigilanza "sulla razionale organizzazione delle pubbliche amministrazioni, l'ottimale utilizzazione delle risorse umane, la conformità dell'azione amministrativa ai principi di imparzialità e buon andamento, l'efficacia dell'attività amministrativa, con particolare riferimento alle riforme volte alla semplificazione delle procedure, e l'osservanza delle disposizioni vigenti sul controllo dei costi, dei rendimenti e dei risultati e sulla verifica dei carichi di lavoro". Con sovrabbondanza di termini, la disposizione intende attribuire all'Ispettorato il compito di vigilare operativamente, per conto del Ministro per la funzione pubblica da cui dipende, sull'efficacia, efficienza ed economicità dell'attività amministrativa, affiancandosi, così, senza particolare distinzioni di ruoli, non solo ai predetti uffici ispettivi della R.g.s. (che per antico statuto vigilano anche sulla "*proficuità della spesa pubblica*") ma altresì alla Corte dei conti.

Altra attribuzione dell'IS.FU.P. consiste nel controllo del rispetto degli obblighi gravanti sui dipendenti pubblici in materia di disciplina del pubblico impiego previsti dall'articolo 53, d.lgs. n. 165/01 e dall'articolo 1, commi 56-65, legge 23 dicembre 1996, n. 662, ovvero sia: l'eventuale svolgimento di attività extraistituzionale non denunciata e non autorizzata ovvero incompatibile con le funzioni e gli interessi dell'Amministrazione, nonché con le norme generali in materia di incompatibilità e cumulo di impieghi; l'eventuale non veridicità delle dichiarazioni rese all'atto della domanda di autorizzazione per lo svolgimento di incarichi extraistituzionali; l'osservanza delle disposizioni che riguardano l'iscrizione agli albi professionali per i pubblici dipendenti; l'osservanza delle prescrizioni relative alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. Nel dettaglio, l'art. 47, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, inserendo il comma 16-bis, dell'articolo 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, ha attribuito all'Ispettorato per la funzione pubblica il compito di effettuare verifiche del rispetto della disciplina delle incompatibilità del pubblico impiego di cui all'art. 53, d.lgs. n. 165/01 e di cui all'articolo 1, commi 56-65, legge 23 dicembre 1996, n. 662, prevedendo la possibilità di stipulare apposite convenzioni coi servizi ispettivi delle diverse amministrazioni, avvalendosi, altresì, della Guardia di Finanza e della collaborazione del Ministero dell'economia e delle finanze.

Da ultimo, in attuazione dell'art. 4, comma 2, lett. i), legge n. 15 del 2009 (c.d. legge Brunetta), che ha previsto un "ampliamento dei poteri ispettivi con riferimento alle verifiche ispettive integrate" da svolgere unitamente ai S.I.F.I.P., ex art. 60, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, l'art. 52, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2009 ha sostanzialmente ricondotto le verifiche svolte dall'Is.fu.p. in materia di incompatibilità, cumuli di impieghi ed incarichi dei dipendenti pubblici, alle direttive dei S.I.F.I.P.

Al riguardo, non può non notarsi come le verifiche svolte dall'IS.FU.P. siano sostanzialmente inefficaci incidendo su un campione di dipendenti pubblici statisticamente non significativo. Il comma 62 dell'art. 1, legge n. 662/1996, prevede che le verifiche ispettive sugli obblighi dei dipendenti pubblici (compatibilità ed autorizzazione di incarichi extra-istituzionali *etc.*) siano svolte "a campione" sui dipendenti pubblici. E molte amministrazioni sono solite predeterminare il campione dei dipendenti pubblici da sottoporre a controllo a propria discrezione, ed in maniera talmente ridotta da contraddire il concetto stesso del controllo¹⁵.

Al di là dell'esatta (e forse inesistente) distinzione di ruoli tra i due organismi ispettivi, deve osservarsi come alle nobili attribuzioni dell'IS.FU.P. non solo non corrisponda la dotazione di un vero e proprio corpo ispettivo (come per i S.I.F.I.P.) ma difettino altresì significativi poteri verso i soggetti controllati. Ai sensi dell'art. 60, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, nella parte di formulazione rimasta comunque immutata pur dopo la riforma Brunetta del 2009, e derivante dalla riforma attuata dall'art. 14-*septies*, d.l. 30 giugno 2005, n. 115 e dal comma 1 dell'art. 10-*bis*, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, viene previsto che l'Ispettorato, "al fine di corrispondere a segnalazioni da parte di cittadini o pubblici dipendenti circa presunte irregolarità, ritardi o inadempienze delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, può richiedere chiarimenti e riscontri in relazione ai quali *l'amministrazione interessata ha l'obbligo di rispondere, anche per via telematica, entro quindici giorni*" (corsivo mio).

Limitatamente alle richieste istruttorie formulate dall'Ispettorato in riferimento alle segnalazioni di disservizi effettuate dai cittadini, viene posto un espresso obbligo di corrispondere alle richieste istruttorie dell'Ispettorato entro il termine

Successivamente, il predetto art. 52, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2009, nel riformulare il comma 16-bis dell'art. 53, d.lgs. n. 165/201, ha da un lato confermato siffatta potestà ispettiva dell'Is.fu.p. – prevedendo che il Dipartimento della funzione pubblica possa disporre per il tramite dell'Ispettorato per la funzione pubblica verifiche in materia di incompatibilità, cumuli di impieghi ed incarichi dei dipendenti pubblici; tuttavia, nell'esercizio di tali poteri, viene previsto che l'Ispettorato per la funzione pubblica "opera d'intesa con i Servizi ispettivi di finanza pubblica del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato" cui viene ricondotta, dunque, la responsabilità principale per l'esercizio di siffatta funzione.

¹⁵ L'Università degli studi di Napoli "Federico II", ad esempio, con decreto del Rettore 15 ottobre 2007, n. 3077 e n. 3306 del 19 ottobre 2009, ha determinato nel solo 2% (*sic !*) del personale docente ed amministrativo in servizio il campione di dipendenti pubblici da sottoporre a controllo ispettivo con estrazione mediante procedura informatica di sorteggio; l'art. 4, comma 4, del predetto decreto rettorale n. 3077 specifica, infine, che successivamente all'estrazione informatica dei nominativi che a questi sarà comunicato l'avvio del procedimento amministrativo ex art. 7, legge n. 241/1990. L'effetto complessivo è quello di un procedimento ispettivo che anticipa fin dal momento della mera individuazione dei soggetti da sottoporre a controllo le garanzie procedurali (che, per contro, snaturano l'essenza stessa di un controllo ispettivo "a sorpresa" pur richiesto dalla normativa nazionale), lasciando che ben il 98% dei dipendenti sfugga a qualsivoglia forma di controllo sul rispetto della normativa in ordine ai doveri e le incompatibilità dei dipendenti pubblici.

di 15 giorni; la norma, già di per sé di limitato raggio operativo poiché non estesa alla generalità delle attribuzioni dell'IS.FU.P., può al massimo svolgere un effetto di *moral suasion* verso le amministrazioni, dal momento che non è prevista sanzione alcuna nell'ipotesi in cui l'Amministrazione non ottemperi a quanto richiesto dall'Ispettorato, sulla falsariga di quanto stabilito pure per il corpo ispettivo della Ragioneria generale dello Stato. Oltre che non munita di sanzione, la norma contribuisce negativamente a differenziare nei mezzi giuridici a disposizione i due corpi ispettivi dal momento che la pur lacunosa proceduralizzazione dell'obbligo dell'amministrazione di corrispondere alle richieste istruttorie dell'Ispettorato per la funzione pubblica non sussiste per i S.I.FI.P. La diversità di poteri istruttori tra i due corpi ispettivi è tanto più irrazionale non solo se si ha riguardo al fatto che entrambi svolgono analoghe funzioni ispettive concernenti aspetti delle gestioni pubbliche molto simili, ma altresì avuto riguardo al fatto che essi svolgono in sinergia appositi programmi ispettivi in virtù di rapporti di collaborazione previsti sia dal 6° comma dell'art. 60, d.lgs. n. 165/2001 *ante* riforma Brunetta (*“Allo svolgimento delle verifiche ispettive integrate di cui al comma 5 può partecipare l'ispettorato per la funzione pubblica...”*) che *post* riforma 2009, per effetto dell'art. 52, d.lgs. n. 150/2009 che tale collaborazione ha ora obbligatoriamente prescritto almeno per il controllo sul rispetto della disciplina sul pubblico impiego (*“Per l'esercizio delle funzioni ispettive connesse...al corretto conferimento degli incarichi e ai rapporti di collaborazione, svolte anche d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze...”*).

1.3. *La parabola del SE.C.I.T. e la scomparsa di controlli esterni nel settore tributario*

Nato come *Servizio centrale degli ispettori tributari*, il SE.C.I.T. fu istituito dalla legge 24 aprile 1980 n. 146. L'art. 9 della legge finanziaria per il 1980 attribuiva al servizio centrale degli ispettori tributari poteri di controllo dell'attività di accertamento degli uffici “avvalendosi anche degli ispettori compartimentali territorialmente competenti”, nonché di controllo delle verifiche eseguite dalla Guardia di finanza; a tal fine, esso poteva, in via straordinaria, anche “eseguire verifiche e controlli ed intervenire nelle verifiche in corso di svolgimento da parte degli uffici e della Guardia di finanza”; verifiche e controlli, in via straordinaria, relativi a “contribuenti nei confronti dei quali sussiste un fondato sospetto di evasione di grandi proporzioni”; predisposizione ed attuazione dei programmi di accertamento da proporre successivamente al Ministro delle finanze. Il servizio centrale degli ispettori tributari operava comunicando agli uffici delle imposte competenti “le notizie, le informazioni ed i dati acquisiti nonché i risultati delle verifiche eseguite” di cui gli uffici stessi dovevano tener conto nei procedimenti di accertamento delle imposte (art. 9, comma 3).

Gli ispettori tributari, in pratica, effettuavano in prima battuta gli accerta-

menti tributari di più rilevante entità per scovare possibili macro-evasioni mentre potevano ri-controllare gli accertamenti svolti dall'amministrazione finanziaria e seguire (per così dire) "in diretta" quelli della Guardia di finanza, verificandone, quindi, la correttezza. Residuavano, poi, in ultima battuta, poteri di proposte e di programmazione da rendere direttamente al Ministro delle finanze, le quali venivano elaborate non come compito principale del Servizio quanto come risultato dell'esperienza via via acquisita dagli ispettori¹⁶.

Successivamente, il d.lgs. 5 ottobre 1998, n. 361, in attuazione della prima legge Bassanini (legge 15 marzo 1997, n. 59) ha completamente ridisegnato e (per usare un eufemismo) "mitigato" i compiti del SE.C.I.T. il quale rimaneva sì in vita ma sostanzialmente svuotato delle proprie funzioni.

Le funzioni consultive e propositive – di natura originariamente residuale – assumono, invece, carattere principale. Infatti, secondo il nuovo articolo 9, legge n. 146/1980, novellato dall'art. 1, d.lgs. n. 361/1998, il SE.C.I.T. in via principale "elabora studi di politica economica e tributaria e di analisi fiscale in conformità agli indirizzi stabiliti dal Ministro delle finanze per la definizione, da parte del Governo e del Ministro stesso, degli obiettivi e dei programmi da attuare (...) nonché ai fini della programmazione sistematica dell'attività antievasione".

I compiti di controllo e di verifica tributaria, poi, continuano ad essere svolti ma "sulla base delle direttive emanate dal Ministro delle finanze, sentite le competenti commissioni parlamentari" (art. 1, comma 1, lett. a), legge n. 146/1980). Inoltre, gli uffici tributari la cui attività può essere ricontrollata dal SE.C.I.T. non possono più essere autonomamente individuati dal Servizio ispettivo, dal momento che – in base al d.lgs. n. 361/1998 – il controllo del SE.C.I.T. può avere ad oggetto solo ed esclusivamente gli uffici "espressamente individuati in base a criteri oggettivi nella direttiva" ministeriale, anche avvalendosi degli uffici ministeriali e degli ufficiali della Guardia di finanza art. 1, (art. 1, comma 1, lett. a), legge n. 146/1980). Anche il ri-controllo sulle verifiche già eseguite della Guardia di finanza viene notevolmente mitigato, dal momento che questo può eseguirsi sempre e solo "sulla base delle direttive emanate dal Ministro delle finanze" (art. 1, comma 1, lett. a), legge n. 146/1980). Con il d.lgs. n. 361/1998, i dati acquisiti e i risultati delle verifiche eseguite non debbono più obbligatoriamente essere presi in considerazione dagli uffici dell'amministrazione finanziaria, dal momento che il Servizio deve limitarsi a comunicarli a questi "affinché ne tengano conto nei procedimenti di accertamento delle imposte".

¹⁶ Nell'originaria previsione della legge n. 146/1980, gli ispettori esercitavano le proprie funzioni di controllo dell'accertamento tributario "con i poteri di vigilanza e di controllo attribuiti al personale direttivo dell'Amministrazione finanziaria", mentre durante le verifiche ed i controlli tributari esercitavano gli stessi poteri attribuiti all'Amministrazione finanziaria dal d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e dalle altre leggi di imposta, senza però dover richiedere il parere dell'ispettorato compartimentale delle imposte.

Come correttamente rilevato dalla Corte dei conti nella indagine relativa alla “*Vigilanza sull’attività di accertamento tributario*”, conclusa con la deliberazione n. 10 del 5 maggio 2008¹⁷, il SE.C.I.T., “nato quasi con caratteristiche assimilabili ad un primo esempio di *autorità amministrativa indipendente*”, è stato stravolto nelle sue funzioni a partire dalla riforma del 1998 che ne ha fatto “perdere le originarie caratteristiche di neutralità, con la sua trasformazione in un’area di consulenza, priva, peraltro, di adeguate forme di regolamentazione”.

Ad intorpidire ulteriormente le acque è intervenuto successivamente il d.lgs. n. 300/1999, confermato dal d.P.R. 30 gennaio 2008, n. 43 che ha attribuito alle agenzie fiscali la competenza esclusiva in materia di accertamento tributario. Come risultato della trasformazione dell’organismo ispettivo, le originarie funzioni di controllo sull’attività di accertamento svolte sia nei confronti dei contribuenti che degli uffici finanziari e della Guardia di finanza sono state diluite nella più evanescente elaborazione “di studi di politica economica e tributaria” (art. 1, comma 2, lett. 0a), legge n. 146/1980), mentre ogni attività di controllo sull’operato degli uffici tributari e della Guardia di finanza è subordinato a direttive e criteri stabiliti in sede politica, con tutto quel che ne può derivare in termini di efficacia, effettività, indipendenza e tempestività del controllo ...! La costituzione delle agenzie delle entrate ha del tutto esautorato le funzioni del SE.C.I.T. trasformandolo “in una semplice postazione contabile sulla quale far gravare costi incontrollati di diretta collaborazione al Vertice politico”¹⁸.

Proprio in considerazione del progressivo esautoramento delle funzioni del SE.C.I.T., nell’indagine conclusa nel maggio 2008 la Corte dei conti rilevava la perdurante necessità di un “organismo esterno alle amministrazioni operative che, in posizione di “terzietà”, possa verificare che l’attività di controllo e di accertamento posta in essere dalla Guardia di finanza e dagli uffici sia nel merito legittima, corretta ed efficace agli effetti del rafforzamento della lotta all’evasione fiscale e, più in generale, dell’*accountability* della gestione del sistema impositivo”¹⁹, soprattutto in relazione all’estensione delle sanatorie fiscali e al largo ricorso agli istituti alternativi all’accertamento tradizionale caratterizzati da un elevato tasso di discrezionalità amministrativa²⁰.

¹⁷ C. conti, sez. contr. gestione – I collegio – 5 maggio 2008, n. 10, in *Foro amm. – Cds*, 2008, 1644. La pubblicazione integrale della deliberazione è in www.corteconti.it.

¹⁸ C. conti, delib. n. 10 del 2008, cit., p. 47, in www.corteconticonti.it.

¹⁹ C. conti, delib. n. 10 del 2008, cit., p. 6, in www.corteconticonti.it, che precisa altresì che dopo la trasformazione del ruolo del SE.C.I.T. mancano “strumenti adeguati per poter effettivamente garantire che l’attività di verifica della Guardia di finanza e quella di accertamento degli uffici siano svolte in modo trasparente, equo ed efficace, e quindi credibile, agli effetti della lotta all’evasione fiscale, oltre che, più in generale, ai fini di assicurare l’*accountability* della gestione del sistema impositivo” (p. 46).

²⁰ Di qui la necessità, secondo la Corte dei conti, che – unitamente ad una funzione generale di “*governance*” dell’intero sistema tributario e fiscale – venga mantenuta la presenza di un organismo esterno alle amministrazioni operative che, in posizione di “terzietà”, possa verificare che

Purtroppo, dopo poco più di un mese dalla deliberazione della Corte dei conti n. 8/2010/G del 5 maggio 2008, con l'art. 45, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, il legislatore, in luogo del rafforzamento delle attribuzioni del SE.C.I.T., come proposto dalla Corte, ha scelto la strada della soppressione. Secondo l'art. 45 del citato decreto legge n. 112 del 2008, infatti, "il Servizio consultivo ed ispettivo tributario è soppresso e (...) le relative funzioni sono attribuite al Dipartimento delle finanze del Ministero dell'economia e delle finanze ed il relativo personale amministrativo è restituito alle amministrazioni di appartenenza ovvero, se del ruolo del Ministero dell'economia e delle finanze, assegnato al Dipartimento delle finanze di tale Ministero". L'attività di accertamento tributario resta così affidata esclusivamente al *sultanato autonomo* ed autoreferente delle Agenzie delle entrate, e privata dell'indispensabile apporto indipendente di un organismo esterno.

1.4. *L'attività ispettiva sugli interventi di emergenza di protezione civile*

Proseguendo nell'analisi degli organismi ispettivi esterni, deve aggiungersi che non molto diversi sono i poteri di cui sono titolari gli ispettori in sede di verifiche degli interventi straordinari e di emergenza di protezione civile.

Ai sensi dell'art. 2 D.P.R. 30 gennaio 1993 n. 51, l'attività di ispezione e di vigilanza è volta a "verificare la legittimità e l'efficienza dell'azione amministrativa". Più specificamente, ai sensi del successivo art. 7, comma 1, "gli ispettori verificano la legittimità dell'azione amministrativa e la sua efficienza, anche per quanto riguarda il rispetto delle norme di contabilità e della finanza pubblica, ed ogni altro aspetto dell'attività che sia all'uopo rilevante, nonché accertano le disponibilità di tesoreria e di cassa. Accertano pure che la gestione amministrativa sia condotta in conformità delle disposizioni e dei rilievi degli organi di controllo e che la resa dei conti avvenga secondo le norme indicate dall'art. 13 della *legge 28 ottobre 1986, n. 730*".

Nel settore in esame regolamentato dal D.P.R. n. 51/1993, dunque, i parametri alla stregua dei quali valutare l'attività amministrativa, contabile e finanziaria sono costituiti dalla "legittimità dell'azione amministrativa e la sua efficienza", traduzione operativa dei canoni dell'imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Fin qui nulla di nuovo. È importante sottolineare come gli ispettori

l'attività di controllo e di accertamento posta in essere dalla Guardia di finanza e dagli uffici fosse nel merito legittima, corretta ed efficace agli effetti del rafforzamento della lotta all'evasione fiscale e, più in generale, dell'*accountability* della gestione del sistema impositivo. La mancanza o lo stravolgimento del sistema di vigilanza, infatti, finirebbe – secondo la Corte contabile – con il riflettersi in una sostanziale marcata limitazione della credibilità e dell'efficacia proprio della strategia di contrasto all'evasione fiscale.

siano chiamati in tale micro-settore dell'attività amministrativa a verificare anche "che la gestione amministrativa sia condotta in conformità delle disposizioni e dei rilievi degli organi di controllo" (art. 7). In tal modo, sembra darsi una specifica rilevanza giuridica in termini di efficacia giuridica ai rilievi (eventualmente) operati dai diversi organi di controllo, tanto interni (controllo *di gestione*) quanto esterni (controlli *sulla gestione*). Pur senza mutare natura e poteri degli organi di controllo, è agli organismi ispettivi che viene attribuito il potere di verificare l'adeguamento o meno rispetto ai rilievi degli organismi di controllo, così implicitamente inducendo gli organi dell'amministrazione attiva a fornire un seguito ai rilievi suddetti al fin di non incorrere nei successivi rilievi ispettivi.

L'analisi non sarebbe completa e veritiera se non si esaminasse anche l'efficacia che, a loro volta, hanno i rilievi contenuti nei referti ispettivi. Indagando specificamente su quale sia la specifica conseguenza derivante dalla conclusione dell'ispezione, non può non rilevarsi come anche il D.P.R. n. 51/1993 si riveli abbastanza deludente: il *clou* dell'attività ispettiva consiste nell'obbligo di denunciare "fatti o atti che diano luogo a responsabilità per danni derivanti all'amministrazione per violazione di obblighi i servizio ovvero responsabilità a carattere civile, penale o amministrativo" (art. 6, comma 2). Di norma, infatti, l'art. 6, comma 1, D.P.R. n. 51/1993, dalla segnalazione ispettiva concernente le "carenze di legittimità e di efficienza" e dalle "proposte sui conseguenti provvedimenti da adottare" non discendono né sanzioni né obblighi di motivare le ragioni per cui l'amministrazione non adotti i provvedimenti pur proposti dagli ispettori (come invece almeno stabilito per la Corte dei conti dall'art. 3, comma 6, legge n. 20/1994).

Certamente più cogente è la disposizione di cui all'art. 6, comma 3, D.P.R. n. 51/1953 che pone a carico dell'ispettore una responsabilità solidale con l'autore del fatto per i "danni derivanti da eventuali irregolarità non rilevate per dolo o colpa grave in sede di ispezione compiuta" dall'ispettore. Introducendo un'interessante forma di responsabilità omissiva a carico dell'ispettore per omessa denuncia dei danni rilevati, la norma controbilancia, a ben guardare, anche la scarsa indipendenza degli stessi ispettori i quali sono incaricati direttamente dal Ministro per il coordinamento della protezione civile (art. 3, comma 1; art. 5, comma 1). Pur tuttavia, non può non notarsi come siffatta responsabilità solidale non sia bilanciata dall'attribuzione di idonei poteri istruttori in capo agli ispettori i quali rischiano di essere ritenuti responsabili anche di quanto non abbiano rilevato senza colpa alcuna ma solo a causa della mancanza di cooperazione dell'amministrazione controllata che in qualche modo occulti la documentazione più rilevante senza che gli ispettori abbiano il potere di richiederne coattivamente l'esibizione.

L'efficacia della disposizione di cui all'art. 6, comma 3, D.P.R. n. 51/1953 è in ogni caso limitata allo specifico ambito applicativo del D.P.R. n. 51/1953, ovvero sia agli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione dello sta-

to di emergenza di cui all'art. 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225; agli interventi disposti da ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose ai sensi dell'art. 5, comma 3, della citata legge n. 225/1992; agli interventi diretti al superamento dell'emergenza comunque effettuati con oneri a carico dello Stato. Ne deriva, in conclusione, che la pur imperfetta formulazione dell'art. 6, comma 3, possiede un ridottissimo raggio operativo rispetto ai numerosi altri settori di attività amministrativa che continuano a rimanere privi di adeguati strumenti di verifica esterna.

1.5. *Il controllo sulla corruzione e la trasparenza nella P.A. (il S.A.ET.)*

Tra gli altri organismi di controllo sull'attività della P.A. spicca per conclamata inutilità il *Servizio Anticorruzione e Trasparenza* (S.A.ET.), nato sulle ceneri del (parimenti inutile e poi "formalmente" soppresso) *Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione*. Poiché l'articolo 1, legge 16 gennaio 2003, n. 3 non fa altro che creare il solo *contenitore* (l'organo dell'Alto Commissario, appunto), senza individuarne nemmeno le funzioni (ricavabili implicitamente solo dal nome evocante fenomeni di corruzione nella P.A.), sia la composizione che le funzioni dell'Alto Commissario sono state disegnate dal D.P.R. 6 ottobre 2004, n. 258²¹.

Originariamente istituito sotto la "diretta dipendenza funzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri", il regolamento del 2004 prevedeva che il titolare dell'organo monocratico venisse designato tra magistrati e avvocati dello Stato²²; l'incarico quinquennale è rinnovabile una sola volta, secondo uno schema comune a molte autorità di controllo indipendenti, tra cui, principalmente, le *Authority* (art. 1, D.P.R. n. 258/2004), anche se in tal caso ci troviamo di fronte ad un organo incardinato organicamente presso un'amministrazione statale (prima la Presidenza del Consiglio dei ministri ed oggi il Dipartimento per la funzione pubblica della stessa P.C.M.), e dunque strutturalmente incapace di esprimere una posizione di autonomia.

Se il commendevole compito istituzionale è la lotta contro la corruzione ed altre forme di illecito nell'amministrazione statale e – grazie ad intese adottate in sede di Conferenza unificata – anche nell'amministrazione regionale e locale, è interessante verificare, ai fini della nostra indagine, l'idoneità dei poteri attribuiti

²¹ Sul cui schema si veda il parere del Consiglio di Stato, sez. cons. atti norm., 31 maggio 2004.

²² Dalla seconda metà del 2004 al giugno 2008, si sono alternati ben quattro commissari, con una permanenza media di 11 mesi ciascuno [cfr. D.P.R. 28 ottobre 2004 (in *Gazz. Uff.* 7 dicembre 2004, n. 287), D.P.R. 22 gennaio 2007 (in *Gazz. Uff.* 5 febbraio 2007, n. 29), D.P.R. 23 luglio 2007 (in *Gazz. Uff.* 4 settembre 2007, n. 205), D.P.R. 19 marzo 2008 (in *Gazz. Uff.* 16 giugno 2008, n. 139)].

dalla legge rispetto ai fini istituzionali e, soprattutto, gli effetti e l'efficacia del controllo svolto dall'Alto Commissario.

Quanto ai poteri, l'art. 2, D.P.R. n. 258/2004 affida all'Alto Commissario il potere di disporre: *a) indagini*, anche di natura conoscitiva, finalizzate ad "accertare l'esistenza, le cause e le concause di fenomeni di corruzione e di illecito o di pericoli di condizionamento da parte di organizzazioni criminali all'interno della pubblica amministrazione"; *b) elaborazione di analisi e studi* sulla adeguatezza e congruità del quadro normativo, nonché delle eventuali misure poste in essere dalle amministrazioni per prevenire e per fronteggiare l'evolversi dei fenomeni oggetto di esame; *c) monitoraggio* su procedure contrattuali e di spesa e su comportamenti, e conseguenti atti, da cui possa derivare danno erariale.

Come può notarsi da una prima analisi dell'art. 2, comma 2, del regolamento, rispetto all'ampiezza, solennità ed impegno della formula normativa (prevenzione e contrasto della corruzione nella P.A.), i poteri in concreto attribuiti appaiono veramente inadeguati, per non dire risibili. Il cuore dell'attività dell'Alto Commissario consiste nel realizzare indagini per accertare esistenza (come se ve ne fosse ancora bisogno) e cause (abbastanza immaginabili) di fenomeni corruttivi nell'Amministrazione statale e, per estensione, grazie ad intese con regioni ed enti locali, nelle amministrazioni locali; quanto al compito di monitoraggio su atti, comportamenti e procedure contrattuali da cui possa derivare un danno erariale, è evidente come l'esercizio di tale funzione non faccia altro che sovrapporsi sia alle funzioni già svolte dalla Corte dei conti, in sede giurisdizionale ed anche di controllo, sia a quelle ancor più specifiche dell'*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* di cui all'art. 6, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

L'analisi delle successive disposizioni del regolamento del 2004 non fa altro che confermare tali considerazioni iniziali.

Gli effetti degli accertamenti svolti dall'Alto Commissario lasciano a desiderare almeno quanto i poteri di cui è dotato; giudizio conseguentemente negativo è da attribuirsi all'efficacia della complessiva attività di controllo. Si trae tale convinzione dal fatto che l'art. 4, D.P.R. n. 258/2004, stabilisce che l'Alto Commissario rediga "una relazione semestrale per il Presidente del Consiglio dei Ministri, concernente l'attività svolta nel periodo di riferimento", che viene a sua volta sostanzialmente "girata" dal Presidente del Consiglio dei Ministri ai Presidenti delle Camere, mentre l'art. 5, comma 1, obbliga l'Alto Commissario a denunciare all'autorità giudiziaria i fatti di reato ed alla Corte dei conti, "nei casi previsti dalla legge, i fatti nei quali sia ravvisabile danno erariale".

In pratica, il principale effetto dell'attività di controllo dell'Alto Commissario appare essere una qualificata informativa al Capo del Governo da cui dipende (prima direttamente e dal 2008 solo indirettamente) quell'organismo. Infatti, si noti, l'obbligo di denuncia previsto dall'art. 5 del regolamento del 2004 non costituisce altro che applicazione di un principio generale che pone a carico di ogni

pubblico ufficiale l'obbligo di denunciare i fatti costituenti possibili reati o *notitiae damni*; tuttavia, mentre nella generalità degli uffici pubblici, tale funzione di denuncia si aggiunge a quelle normalmente attribuite, nel caso dell'Alto commissario tale funzione appare essere la esclusiva se non la principale, conferendo così l'impressione di aver invertito i processi, avendo il legislatore istituito un organo per obbligarlo a denunciare, mentre in genere gli organi pubblici sporgono denuncia all'autorità giudiziaria poiché nell'esercizio delle proprie funzioni amministrative possono venire a conoscenza di fatti costituenti *notitiae criminis* o *notitiae damni*²³. Se invece si interpretasse tale attribuzione come il segno della volontà del legislatore di creare un organo deputato istituzionalmente ad ampliare l'informativa in favore dell'autorità giudiziaria penale o contabile, si dovrebbe rilevare che l'aspetto paradossale di tale obbligo di denuncia elevato a funzione consiste nel fatto che l'Alto commissario appare assolutamente privo di un collegamento istituzionale (né organico né funzionale) con l'Autorità giudiziaria, se non per il limitato profilo per cui l'ufficio di Alto commissario può essere ricoperto, appunto, da un magistrato ordinario o speciale. Se non vi sono sostanzialmente altre funzioni da svolgere e se è assente, per contro, anche uno stabile collegamento con l'autorità giudiziaria, non si spiega nemmeno la previsione per cui (comma 2) "la denuncia non determina la sospensione dell'attività di competenza dell'Alto Commissario", come a voler sottolineare l'assenza di ogni finalizzazione dell'attività dell'Alto Commissario rispetto all'obbligo di denuncia (ma quali sono le altre pregnanti funzioni?), che comunque costituisce certamente la principale attività che si affianca a quella di referto al Presidente del Consiglio dei ministri, come visto.

Desta molte perplessità anche la reale utilità dell'altro potere dell'Alto Commissario, in qualche modo connesso alla funzione di denuncia ora descritta, e che lo obbliga, ove dagli accertamenti compiuti "emergano fatti rilevanti ai fini della responsabilità amministrativa e disciplinare dei pubblici dipendenti", a trasmettere "apposita relazione informativa alle rispettive amministrazioni, specificando gli eventuali profili di rilievo disciplinare" (comma 3): tale funzione, pur astrattamente rilevante, viene vanificata dall'assenza della previsione del corrispondente obbligo dell'amministrazione di edurre l'Alto Commissario intorno all'avvio del procedimento disciplinare ovvero alle ragioni dell'eventuale mancato avvio; ciò al contrario di quanto previsto dall'art. 60, comma 6, d.lgs. n. 165/2001 per gli esiti degli accertamenti dell'Ispettorato per la funzione pubblica (IS.FU.P.) che, come visto prima, "costituiscono obbligo di valutazione, ai fini dell'individuazione delle responsabilità e delle eventuali sanzioni disciplinari (...) per l'amministrazione (...)".

²³ Che non vi fosse bisogno di creare appositamente un organo per di controllo per svolgere attività di denuncia lo si ricava dall'ampiezza dei soggetti istituzionali tenuti a siffatta denuncia nei confronti del Procuratore presso la Corte dei conti, come si ricava agevolmente dalla nota esplicativa prot. PG 9434/2007P diramata in data 2 agosto 2007 dal Procuratore generale presso la Corte dei conti.

Su tale complesso normativo interviene in maniera tipicamente gattopardesca il decreto legge 25 giugno 2008, n. 112. Se è vero, infatti, che l'art. 68, decreto legge n. 112/2008, nell'ambito di un generale disegno di verifica della "perduranza utilità degli organismi collegiali operanti presso la Pubblica Amministrazione" (comma 1), e di soppressione delle strutture amministrative svolgenti prevalentemente attività a contenuto tecnico e di elevata specializzazione riconducibili a funzioni istituzionali attribuite ad amministrazioni dello Stato centrali o periferiche (comma 5), ha soppresso espressamente (comma 6), tra l'altro, il predetto Alto Commissario, è pur vero che l'organismo non si è estinto, limitandosi semplicemente a cambiare denominazione e amministrazione di appartenenza, restando inalterate le funzioni ed i poteri originari; e ciò grazie all'aggiunta del comma 6-*bis* nella legge di conversione n. 133/2008.

Il disegno iniziale perseguito con la decretazione d'urgenza era, in effetti, la estinzione dell'organismo che non ha mai brillato per capacità (e possibilità) operativa, anche in considerazione – riteniamo – degli innocui poteri attribuiti dal legislatore, come ora visto; tuttavia, proprio in sede di conversione del decreto legge, il comma 6-*bis* introdotto dalla legge n. 133/2008 ha azzerato tutta la portata innovativa della previsione iniziale, stabilendo che "le funzioni delle strutture" dell'Alto Commissario "sono trasferite al Ministro competente che può delegare un sottosegretario di Stato", facendo così definitivamente rivivere l'organismo soppresso per soli due mesi.

In attuazione del comma 6-*bis*, d.l. n. 112/2008, è così intervenuto il D.P.C.M. 5 agosto 2008 recante il trasferimento delle funzioni dell'Alto Commissario al Dipartimento della Funzione Pubblica; il successivo D.P.C.M. 2 Ottobre 2008 ha provveduto a completare la gattopardesca operazione del mantenimento in vita di un organismo di controllo assolutamente inefficace sul piano del controllo, attribuendo al Dipartimento per la funzione pubblica i compiti esattamente svolti dall'Alto Commissario, in modo da giustificare la riconduzione di quell'organismo sotto l'egida del Dipartimento²⁴; ma intatte sono rimaste le norme attributive dei blandi poteri necessari per svolgere i pur rilevanti compiti dell'Alto commissario. Uniche novità, il mutamento di denominazione (in Servizio Anticorruzione e Trasparenza, SAET) e la fortissima riduzione delle risorse umane e finanziarie, che ha indotto l'ex Alto Commissario ad utilizzare il modello organizzativo reticolare dello *Hub and Spoke*²⁵.

²⁴ Ossia "attività di indagine conoscitiva all'interno della pubblica amministrazione anche al fine di elaborare analisi e studi sull'adeguatezza e congruità del quadro normativo e dei provvedimenti messi in atto dalle amministrazioni per prevenire e fronteggiare la corruzione ed altre forme di illecito nella pubblica amministrazione, provvedendo ad informare, se del caso, la Procura generale presso la Corte dei Conti ed il procuratore della Repubblica competente per territorio di eventuali fatti costituenti danno erariale ovvero reato" (art. 1, D.P.C.M. 2 ottobre 2008).

²⁵ Si veda in proposito il *Primo rapporto al Parlamento del Servizio Anticorruzione e Traspa-*

Tali considerazioni sono confortate anche in sede internazionale, se è vero che l'attività del S.A.ET. non ha impedito all'Italia di ricevere il monito del Consiglio d'Europa di Strasburgo nel cui ambito agisce il *Groupe d'Etat contre la corruption* (Gr.e.co.)²⁶.

2. Controlli sulla spesa ed accertamenti fiscali

2.1. Premessa

Giunti a tal punto della nostra indagine, si può tentare di tracciare qualche breve conclusione, partendo da un assunto di principio: se un rapporto di naturale ed evidente complementarità v'è tra entrate fiscali e spesa pubblica, come si ricava immediatamente dall'art. 53 Cost., esso non può non sussistere anche tra controlli-accertamenti fiscali e controlli sulla regolarità e proficuità della spesa pubblica.

La valenza pubblicistica della spesa pubblica sta non solo nel fatto ch'essa, gestita da organismi pubblici, sia destinata a soddisfare le esigenze della collettività ma altresì nel fatto ch'essa intanto sussiste in quanto vi siano delle risorse

renza, il primo presentato in ben quattro anni (dal 1° Gennaio 2004 al 31 Dicembre 2008) dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione al Senato della Repubblica in data 2 marzo 2009 (Doc XXVII n. 6, anche consultabile all'indirizzo http://www.innovazionepa.gov.it/ministro/pdf/Primo_Rapporto_Parlamento_SAEt.pdf). Il secondo Rapporto del S.A.ET., invece, è stato presentato nel Novembre 2009 e riguarda il periodo dall'Ottobre 2008 all'Ottobre 2009 (consultabile all'indirizzo internet http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/saet_relazione/Relazione.pdf).

²⁶ Il 2 Luglio 2009, infatti, a conclusione della sua 43° seduta plenaria, il Gr.e.co. ha pubblicato il Greco Eval I/II Rep (2008) 2E, ossia l'*Evaluation Report on Italy*, un rapporto sul livello di lotta alla corruzione in Italia attraverso l'analisi dei principali strumenti normativi ed istituzionali. A conclusione del Rapporto, all'Italia vengono formulate 22 raccomandazioni rispetto alle quali ci si attende l'adeguamento da parte del Governo entro il 31 Gennaio 2011. In particolare, si auspica che (raccomandazione I) "*the Anti-corruption and Transparency Service (SAeT) or other competent authority, with the involvement of civil society, develop and publicly articulate an anti-corruption policy that takes into consideration the prevention, detection, investigation and prosecution of corruption, and provides for monitoring and assessment of its effectiveness*"; nonché che (raccomandazione X) "*the Anti-corruption and Transparency Service (SAeT) or otherwise, be given the authority and the resources to systematically evaluate the effectiveness of general administrative systems designed to help prevent and detect corruption, to make those evaluations public, and to make recommendations for change based on those evaluations*". Inoltre, a proposito delle misure di *Internal audit*, il paragrafo 103 del Rapporto stigmatizza negativamente come, secondo il rapporto commissionato dal Dipartimento per la funzione pubblica al CISP (Centro interdipartimentale per l'innovazione nella pubblica amministrazione) dell'Università "Tor Vergata" di Roma, "*not all public bodies had developed an internal control system, and that the typologies of control mechanisms varied greatly*". Di conseguenza, nella raccomandazione XII si invita il Governo italiano a fare in modo che "*all bodies of public administration have access to internal audit resources either directly or on a shared basis*".

pubblico-collettive da spendere. La ragione fondante dell'esigenza di controlli severi sta allora nel verificare come e con quali risultati vengono gestite risorse che provengono dalla collettività: verificare, cioè, che i contribuenti conferiscano parte dei propri redditi (*entrate*) affinché gli organi pubblici, direttamente o indirettamente, possano provvedere al soddisfacimento delle esigenze della collettività (*spesa*). Non a caso l'art. 53 Cost. parla di obbligo a "*concorrere alle spese pubbliche*". È il concetto stesso di *finanza pubblica* ad autorizzare tale conclusione, intendendo descrivere con tale espressione un "processo circolare e continuo in cui le amministrazioni pubbliche da un lato acquisiscono i mezzi finanziari (...) e, dall'altro, stanziavano i mezzi raccolti per perseguire obiettivi di interesse generale o, comunque, di rilevanza economica e sociale"²⁷.

Posta la circolarità (od anche, se si preferisce, interconnessione o complementarità) del processo di acquisizione delle risorse rispetto alla spesa pubblica, se ne ricava un corollario di non trascurabile importanza e di meno evidente percezione: il parallelismo tra controlli sull'entrate e controlli sulla spesa. Avendo un comune obiettivo (*soddisfare le esigenze della collettività*) sebbene da realizzare in modo differente (*prelevando denari* in una prima fase e *spendendo* in una seconda), i controlli delle due fasi dell'unitario ciclo della finanza pubblica devono essere avvinti da nessi comuni soprattutto nel senso della idoneità a raggiungere lo scopo (efficacia).

Ciò significa concepire un sistema di controlli che sia dotato tanto per l'entrate quanto per la spesa di strumenti e poteri analoghi circa l'idoneità a raggiungere lo scopo, ossia l'esattezza del prelievo fiscale in un caso e la regolarità, efficacia ed efficienza della spesa nell'altro caso.

Non sembra spostare i termini del discorso la differente natura giuridica dei soggetti passivi delle due operazioni, soggetti privati nell'un caso ed organismi pubblici nell'altro. Che gli accertamenti fiscali si svolgano verso soggetti privati mentre i controlli sulla spesa verso soggetti pubblici non dovrebbe in linea di principio valere a depotenziare l'efficacia dei controlli al punto tale da privarli della loro ragion d'essere. Se la diversa qualità dei soggetti sottoposti a controllo può servire a differenziare gli strumenti da adottarsi, essa non può certamente giustificare rigore nell'un caso e indulgenza ad oltranza nell'altro. Qualunque differenziazione dei controlli sull'entrate e sulla spesa deve essere ragionevole (art. 3 Cost.) e comunque atta ad assicurare il rispetto del principio contributivo (art. 53 Cost.) nonché dell'equilibrio finanziario (art. 81 Cost.) e del buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.).

Se si conviene su tale punto, bisogna analizzare l'organizzazione dei controlli dell'entrate unitamente a quelli sulla spesa onde porre a confronto i poteri

²⁷ A. MONORCHIO, *La gestione finanziaria ed economica*, in A. MONORCHIO-L.G. MOTTURA, *Compendio di Contabilità di Stato*, III ed., Cacucci editore, Bari, 2008, 15.

e gli strumenti di cui ciascun complesso organizzativo è dotato. Corre l'obbligo di avvertire, più in generale, che la scelta di indagare per sommi capi il sistema di accertamento delle entrate non intende fornire un giudizio positivo sul come le entrate siano state *considerate* nella concreta prassi applicativa né degli uffici finanziari né del controllo della stessa Corte dei conti. Anche l'attività di accertamento fiscale, infatti, indipendentemente dalla specialità del suo oggetto (le "entrate", appunto) può essere riguardata come un ulteriore settore della spesa pubblica in cui le risorse collettive vengono utilizzate per il perseguimento di un determinato interesse pubblico (l'acquisizione di provviste finanziarie, cioè).

Sotto tale angolazione, non può mancarsi di rilevare che né gli uffici finanziari hanno mai molto gradito di essere sottoposti a controllo (come il triste epilogo della soppressione del SE.C.I.T. dimostra) né la stessa Corte dei conti ha mai mostrato grande interesse per il controllo sulle entrate. È stato acutamente (ma isolatamente) rilevato²⁸ come il controllo delle entrate storicamente svolto dalla Corte dei conti costituisca "il reperto più ingente ed emblematico per uno studio dal vivo (si fa per dire) delle vicende del controllo in generale del nostro Paese, fra concezioni ed ideologie praticamente abrogatrici (...)"²⁹. Ciò perché per una malintesa interpretazione del T.U. leggi sulla Corte dei conti (di cui al r.d. n. 1214/1934), per decenni le entrate non sono state oggetto di controllo per il fatto di non presentare la sequenza classica del provvedimento amministrativo da vistare³⁰. Così, il modello del controllo preventivo di legittimità che presuppone un atto da sottoporre a visto di legittimità è stato considerato il controllo per eccellenza ed ogni diversa forma di *vigilanza* (essendo chiamata tale quella esercitata "sulla riscossione delle entrate e del riscontro sui magazzini e sulle cauzioni" dagli artt. 34-37 T.U. del 1934) è stata ingiustificatamente esclusa dal raggio operativo della Corte; al punto che solo nel 1974, e pur tra mille polemiche, l'allora Presidente della Corte dei conti, Giuseppe Cataldi, istituendo l'"Ufficio per il controllo mediante vigilanza", era *costretto* a giustificare la *vigilanza* legando quel termine al concetto di *controllo* onde motivare la "nuova" attribuzione della Corte, che comunque pochi risultati avrebbe dato (anche per effetto dell'applicazione a quell'ufficio di un solo magistrato!)³¹. Non solo il concetto di "vigilanza" sulle entrate a lungo stentò d'essere considerato vero e proprio controllo e, come tale, rientrante tra le attribuzioni tipiche della Corte ma – quando maturò finalmente la convinzione che rientrasse nella missione istituzionale della Corte – il "controllo mediante vigilanza sulla riscossione delle entrate" fu limitato alla sola attività meramente esecutiva degli agenti riscuotitori (che poi,

²⁸ G. CAIANIELLO, *Controlli sulle entrate e sui depositi*, in U. Allegretti (a cura di), *I controlli amministrativi*, Il Mulino, Bologna, 1995, 153 ss.

²⁹ Così G. CAIANIELLO, *Controlli sulle entrate e sui depositi*, cit., 153.

³⁰ G. CAIANIELLO, *Controlli sulle entrate e sui depositi*, cit., 153-154.

³¹ G. CAIANIELLO, *Controlli sulle entrate e sui depositi*, cit., 157.

erano soggetti anche alla resa del conto giudiziale). Con la conseguenza che la verifica del procedimento di accertamento tributario fu consegnata al solo contenzioso giurisdizionale tributario ed esclusa dal controllo della Corte limitato, dunque, alla sola esazione, pur se in contrasto con quanto ritenuto dai Padri fondatori della Corte³² e acclarato in sede internazionale³³. Tra le altre deformazioni interpretative che hanno mortificato il controllo sulle entrate, non può non menzionarsi la paradossale limitazione del controllo sui contratti attivi esclusivamente a quelli che integrassero un valore minimo, sulla base della meccanica applicazione del medesimo criterio valevole per i contratti passivi³⁴, con la conseguenza paradossale ed aberrante per cui, per ipotesi, la vendita del Colosseo ad una lira sarebbe stata priva di riscontro perché non integrante il minimo di legge ugualmente valevole tanto per i contratti passivi quanto per quelli attivi...!

Con queste precisazioni sulla gravità del problema (insoluto) del controllo delle entrate, ma nella consapevolezza del carattere unitario della finanza pubblica e, dunque, della necessità di apprestare strumenti efficaci tanto per il controllo della spesa quanto delle entrate, possono esaminarsi per sommi capi talune disposizioni sui poteri di accertamento esercitabili dagli uffici finanziari.

Nel contempo, non può mancare pure di sottolinearsi come il piano dell'analisi dei poteri di cui sono astrattamente dotati gli uffici dell'amministrazione finanziaria è distinto, almeno nel presente contributo, dall'analisi delle modalità con cui tali uffici in concreto esercitano siffatti poteri e dai risultati della propria attività. Sul piano empirico, infatti, i non incoraggianti dati sull'evasione fiscale³⁵ possono solo dimostrare l'inadeguatezza della normativa o, piuttosto, la scarsa severità dei controlli fiscali nella prassi applicativa. Ai fini della nostra indagine potremo *accontentarci* di porre a confronto il (sia pure imperfetto) sistema normativo che presiede agli accertamenti fiscali rispetto al corrispondente siste-

³² Emblematico al riguardo è il discorso tenuto in occasione dell'inaugurazione della Corte dei conti, a Torino, il 1° ottobre 1862, da Michelangelo Troglia, primo Procuratore generale della Repubblica presso la Corte dei conti, in *Celebrazione del primo centenario della Corte dei conti nell'Unità d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1963, 42 ss., qui 46, secondo cui "la Corte esercita pure coi mezzi e colle forme prescritte dalla legge e dai regolamenti la superiore sua ispezione e vigilanza sulla riscossione di tutte le pubbliche entrate, e sulla custodia e maneggio delle materie, e dei valori dello Stato. Così la Corte mettendo a confronto le spese colle risorse, le riscossioni colle leggi d'imposta, segue in ogni suo movimento l'applicazione, l'esazione e l'impiego del denaro pubblico e dei valori dello Stato, ed assicura l'esattezza e precisione della contabilità generale, condizione necessaria della sussistenza e consolidamento d'ogni governo". Concezione – quella che emerge dalle considerazioni del Troglia – chiaramente incompatibile con qualsiasi interpretazione riduttiva del concetto di *riscossione*.

³³ Mi riferisco al paragrafo 20 della *Dichiarazione di Lima sui principi generali di controllo della finanza pubblica* fatta dall'INT.O.S.A.I. nel 1977.

³⁴ G. CAIANIELLO, *Controlli sulle entrate e sui depositi*, cit., 162.

³⁵ Su cui si veda G. CAIANIELLO (a cura di), *L'evasione fiscale: una guerra ancora da vincere (Atti del convegno COGEST (20 gennaio 2006))*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2006.

ma di controlli che governa la spesa per poter svolgere alcune utili considerazioni sulla diversa attenzione del legislatore rispetto alla gestione dell'entrate e alla gestione della spesa e su alcuni poteri di cui le amministrazioni deputate al controllo sulla spesa non risultano titolari rispetto ai propri omologhi delle entrate.

Non volendo minimamente (né *potendo*, per ragioni di competenza tecnica) dimostrare la *perfezione* del sistema di accertamento fiscale, i dati sconcertanti sull'evasione fiscale possono dimostrare (anche) l'esigenza di rendere ancor più severi gli accertamenti fiscali; ma l'irrigidimento di siffatti controlli sulle entrate lascerebbe apparire ulteriormente sperequata, *rebus sic stantibus*, la condizione del disarmato apparato dei controlli sulle amministrazioni pubbliche piuttosto che sui contribuenti³⁶. Il che confermerebbe e non smentirebbe il nostro assunto iniziale circa una differente dotazione astratta di poteri sulle due leve costitutive della finanza pubblica (fatta salva, ripetesi, la precisazione di cui sopra intorno alla riconducibilità dell'amministrazione finanziaria ad un settore della spesa pubblica).

2.2. *Analisi normativa*

I poteri di accertamento e controllo degli uffici tributari sono disciplinati, quanto alle imposte sui redditi, dal Titolo IV del Testo unico delle imposte sui redditi (T.U.I.R.) emanato con D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (artt. 31 ss.) mentre, per le imposte indirette (IVA), dal Titolo IV del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (artt. 51 ss.).

L'art. 32 del T.U.I.R. attribuisce agli uffici delle imposte (attuali agenzie delle entrate) penetranti ed efficaci poteri al fine di accertare i redditi prodotti da persone fisiche e giuridiche, e che vanno molto al di là dei timidi poteri di sostanziale *moral suasion* esercitati dagli organi di controllo esterno sulle amministrazioni pubbliche, statali, locali od autonome.

Per l'accertamento dei redditi prodotti dai contribuenti, il legislatore ha attribuito agli uffici fiscali il potere di "accerchiare" il contribuente-evasore mediante richiesta di dati e notizie finanziarie sia ai contribuenti in prima persona che agli uffici pubblici ed alle società private e "ogni altro soggetto" (n. 8-*bis*) che in qualche modo possano aver avuto rapporti con essi e dai quali possa desumersi la consistenza dei redditi prodotti. Anche la mancanza di collaborazione del contribuente evidenziata nella mancata comunicazione delle notizie ed i dati richieste ovvero nella mancata esibizione degli atti, documenti, libri e registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio possono costituire elemento valutabile "ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa" (art. 32, comma 4, T.U.I.R.).

³⁶ Spesa cui partecipano, comunque, gli stessi uffici finanziari.

Perfettamente speculari i poteri attribuiti dall'art. 51, comma 2, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 concernente l'imposta sul valore aggiunto (I.V.A.) agli uffici dell'imposta sul valore aggiunto.

Assai penetranti sono anche i poteri di accertamento di cui sono titolari gli uffici fiscali sia per le imposte dirette che per quelle indirette.

Sulla complessiva attività di accertamento fiscale condotta dagli uffici dell'Amministrazione finanziaria mediante l'esercizio dei poteri ora sommariamente descritti vigila(va) a mo' di Autorità indipendente di prima generazione il "Servizio centrale degli ispettori tributari" (SE.C.I.T.), istituito dalla legge 24 aprile 1980 n. 146. Pur avendo già accennato nelle pagine precedenti alla parabola evolutiva del SE.C.I.T. che ne ha portato dapprima ad uno svuotamento di poteri e compiti con il d.lgs. 5 ottobre 1998, n. 361 e poi alla successiva soppressione nel 2008, può ora rimarcarsi come il sistema dei controlli fiscali originariamente concepito fosse dotato di una coerenza logico-giuridica tale da poter essere presa a modello, a mio avviso, anche sullo speculare fronte dei controlli sulla spesa e, dunque, sui controlli dell'attività gestionale dell'amministrazione pubblica nel suo insieme: infatti, sull'attività di accertamento degli uffici finanziari e sulle verifiche eseguite dalla Guardia di finanza vigilava un organismo ristretto e dotato di assoluta indipendenza di giudizio (il SE.C.I.T., appunto) avente il compito di verificare la funzionalità di quello stesso sistema e capace di incidere significativamente sugli stessi procedimenti di accertamento. Il sistema, quindi, si sviluppava su due livelli amministrativi e si chiudeva, logicamente, su un terzo livello di natura politica (il livello della responsabilità politica del Ministro delle finanze al quale in ogni caso rispondevano i primi due, pur se secondo moduli modalità notevolmente differenti).

Peraltro, dopo la soppressione del SE.C.I.T., non sarebbe illogico supplire all'assenza di quei controlli esterni sull'attività di accertamento con l'attività ispettiva dei S.I.FI.P.: per quanto storicamente la loro attività si sia sempre concentrata sul fronte della spesa, il nucleo fondamentale delle loro verifiche sembra potersi estendersi all'intero settore della *finanza pubblica* (come da noi sopra concepito: entrate e spese), e dunque anche nei confronti degli uffici che si occupano di accertamento e riscossione dei tributi (in pratica, le Agenzie delle entrate). L'art. 3, comma 1, n. 3, legge 26 luglio 1939, n. 1037, sull'Ordinamento della Ragioneria generale dello Stato (non abrogato dall'art. 15, D.P.R. 20 febbraio 1998, n. 38) attribuisce all'Ispettorato generale di finanza il compito di verificare "che, in genere, abbiano regolare funzionamento i servizi che interessano in *qualsiasi modo, diretto o indiretto, la finanza dello Stato*" (corsivi miei). Pertanto, partendo dal concetto allargato di finanza pubblica, non dovrebbe essere inibito ai predetti Servizi ispettivi della R.g.s., in linea di principio, di indagare anche sulla funzionalità degli uffici che si occupano di entrate. Se ciò non era impedito dalla presenza del SE.C.I.T., a maggior ragione – dopo la sua soppressione – non si intravedono ragioni tecnico-giuridiche ostative ad una estensione di siffatti controlli (da cui la complessiva finanza pubblica fatta di entrate e spese non potrebb-

be non trarne beneficio) se non quelle estranee alle esigenze costituzionali di buon andamento (art. 97 Cost.) tendenti a preservare da ogni verifica esterna l'attività di accertamento tributario.

Comunque, che si estendano o meno i controlli dei S.I.F.I.P. anche sul fronte delle entrate, vero è che allo stato il complesso di poteri di cui godono gli uffici delle entrate stride notevolmente con le "armi a salve" di cui sono dotati gli organismi di controllo esterno della P.A.: il *primo livello* di controllo amministrativo esterno sull'attività delle amministrazioni pubbliche appare totalmente ininfluenza in termini di effetti giuridici concreti sul farsi dell'amministrazione controllata, se è vero che la massima parte di siffatti organismi risultano privi non solo di una (almeno esplicita) potestà sanzionatoria verso i funzionari e dirigenti sottoposti a controllo ma finanche del potere di richiedere coattivamente atti, documenti e notizie la cui esibizione è comunque demandata ad un (spesso frainteso) principio di leale collaborazione; e nonostante, ripetesì, l'unitarietà del ciclo della finanza pubblica induca ad immaginare come *normale* la dotazione di equivalenti poteri di controllo sulla spesa e sulle entrate.

Di tal guisa, anche il *secondo livello*, rappresentato dalla Corte dei conti, avente il compito di verificare la funzionalità dei controlli amministrativi e di indurre un virtuoso meccanismo di responsabilità politica dell'Esecutivo nei confronti delle assemblee rappresentative, appare fortemente depotenziato; tra l'altro, a differenza di quanto prevedeva la normativa istitutiva che attribuiva al S.E.C.I.T. il compito di ripetere e controllare gli accertamenti fiscali condotti dalla Guardia di finanza e dagli altri uffici preposti, e con i medesimi poteri di questi, nel verificare la funzionalità dei controlli amministrativi interni ed esterni la Corte dei conti non ha mai avuto il potere di svolgere il medesimo riscontro eseguito (o ineseguito) dall'organo di controllo amministrativo, e con i medesimi poteri di tale organo³⁷.

Ne consegue che, essendo ininfluenza il primo livello, è sulla Corte dei conti che si concentrano aspettative di sanzionamento delle amministrazioni ch'essa, per disposto costituzionale e disciplina normativa ordinaria, è incapace ed impossibilitata a svolgere; conseguenzialmente, si tende a giudicare come una inutile informativa il referto ch'essa rivolge alle assemblee rappresentative poiché da esso non seguono, almeno non sempre e non necessariamente, quelle attese modifiche dell'azione amministrativa rilevata come inefficiente.

In sintesi, comparando i beni costituzionali tutelati dalle corrispondenti attività ispettive, l'interesse fiscale all'accertamento tributario nel primo caso (ex artt. 23, 53 e 119 cost.) e l'interesse alla verifica dell'equilibrio e della corretta gestione della finanza pubblica (art. 81 cost.) e, dunque, il buon andamento

³⁷ E ciò almeno a partire dalla istituzione dei controlli interni avvenuta con il d.lgs. n. 286/1999, dal momento che prima della loro creazione la Corte dei conti è stata "costretta" a svolgere impropriamente anche tale ruolo.

dell'azione amministrativa (art. 97 cost.), si rileva agevolmente come i beni in questione siano non soltanto equiordinati ma soprattutto complementari, dal momento che scopo dei controlli pubblici, ivi inclusi quelli svolti con modalità ispettiva, consiste nel verificare il modo in cui le entrate, di qualsivoglia natura, siano spese e, dunque, il corretto utilizzo delle risorse pubbliche che sono state acquisite. Acquisizione delle entrate e verifica delle modalità della spesa delle risorse finanziarie onde garantire l'equilibrio del sistema complessivo della finanza pubblica (art. 81 cost.), il buon andamento della P.A. (art. 97 cost.) e l'accertamento, se del caso, della responsabilità dei dipendenti pubblici (art. 28 cost.), costituiscono valori primari, complementari ed irrinunciabili che non possono, proprio per tale loro qualità, tollerare differenti poteri degli apparati cui sono intestate le differenti funzioni di tutela.

Se è vero, tra l'altro, che il principio di progressività dell'imposizione tributaria rappresenta una fondamentale estrinsecazione dello Stato democratico, non può non ritenersi – proprio in virtù di quello stesso principio democratico – che ad una severità dei controlli sull'acquisizione delle entrate non corrisponda pure una pari severità dei controlli sulla spesa senza i quali sarebbero vanificati tutti gli sforzi diretti proprio all'acquisizione delle entrate. In pratica, l'efficacia dei controlli sulla spesa appare a noi posta in funzione del rispetto del principio democratico su cui si basa l'imposizione tributaria ed il suo accertamento.

Ebbene, se il potere di accertamento tributario e il potere di controllo, anche se svolti sotto forma ispettiva, sono preordinati alla tutela di valori costituzionali di pari dignità in quanto collegati sul medesimo piano logico-giuridico, ne deriva che a parità di valori costituzionali tutelati non è certamente illegittimo quel complesso normativo che appresti strumenti di tutela di quei beni di pari efficacia ed intensità nei due diversi ambiti (controllo ed accertamento tributario).

Il discorso, quindi, si sposta dal piano della *possibilità costituzionale* a quello della *possibilità e volontà politica* di apprestare un sistema di controlli sulla *spesa pubblica* di efficacia equivalente (almeno in linea teorica) rispetto a quello attualmente vigente per le *entrate*.

3. *Per un'authority (unica) sul controllo della qualità della P.A.*

È noto come i limiti dei controlli interni previsti dal d.lgs. n. 286/1999, essenzialmente incentrati sul condizionamento-asservimento degli organi a ciò deputati ai vertici politici dell'amministrazione interessata, li abbiano resi fino ad oggi inidonei a svolgere la funzione di individuazione delle responsabilità. Il loro maggior pregio è consistito nello svolgere una funzione di "monitoraggio" dell'attività finalizzata ad indirizzare l'amministrazione verso il tendenziale raggiungimento di livelli sempre maggiori di efficacia, efficienza ed economicità; soltanto in quest'ottica può spiegarsi il carattere fiduciario del rapporto tra controllore e controllato, l'as-

senza di necessaria indipendenza del controllore interno, requisito, questo, non prescritto almeno nel d.lgs. n. 286/1999. Non è un caso che essi, ai sensi dell'art. 1, comma 6, d.lgs. n. 286/1999, siano dispensati dall'obbligo di denuncia alla Corte dei conti, dal momento che "riferiscono sui risultati dell'attività svolta esclusivamente agli organi di vertice dell'amministrazione, ai soggetti, agli organi di indirizzo politico-amministrativo"; la missione loro affidata, infatti, non consiste tanto in una denuncia delle irregolarità e inadempienze riscontrate quanto nella "ottimizzazione della funzione amministrativa" (comma 6 citato).

Tutt'ancora da verificare è l'impatto concreto che avrà sugli organismi di controllo interno la riforma dell'art. 30, comma 4, decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 che si propone di superare i limiti legati all'assenza di indipendenza e capacità tecnica di giudizio dei controllori interni mediante abrogazione dell'art. 6, commi 2 e 3, d.lgs. n. 286/1999; come noto, in loro sostituzione, l'art. 14, d.lgs. n. 150/2009, in attuazione della legge n. 15/2009, ha previsto l'istituzione di "Organismi indipendenti di valutazione della performance" a decorrere dal 30 aprile 2010. Anche se la novella normativa non ha soppresso gli organismi di valutazione interna a ciascuna amministrazione ma ne ha mutato la configurazione rafforzandone l'autonomia e l'indipendenza, gli effetti della riforma sulla qualità dell'amministrazione non sono ancora misurabili.

Allo stato, gli unici controlli relativamente affidabili, almeno strutturalmente, appaiono i controlli esterni; anche questi, però, per tutte le ragioni sopra analizzate, appaiono sostanzialmente inutilizzabili sia per individuare le responsabilità che per correggere le gestioni che si rivelino inefficienti, diseconomiche od inefficaci. Il maggior punto debole che abbiamo individuato consiste nell'assenza di un effetto giuridico immediato e concreto ai rilievi critici contenuti nei rapporti degli organismi di controllo, ivi inclusi quelli di ispezione (comunque afferenti alla generale funzione di controllo) oltre che nell'assenza di validi poteri istruttori che consentano di ottenere una rappresentazione fedele e completa dell'attività amministrativa, in modo da andare oltre la mera lettura di atti e provvedimenti amministrativi.

Se le osservazioni critiche contenute nei referti della Corte dei conti vengono sostanzialmente vanificate dalla sede politica cui sono rimesse, i controlli esterni realizzati dagli organismi dell'amministrazione attiva si rivelano per ragioni diverse ugualmente inutili in quanto privi dei poteri necessari a riconoscere effettività alla propria attività: in pratica, se l'utilità dei controlli si misura in termini di individuazione delle responsabilità e di correzione virtuosa dell'attività amministrativa, ogni forma di controllo esterno oggi configurato dall'ordinamento italiano appare, sostanzialmente, inutile, in quanto priva di effetto giuridico nella sfera del controllato³⁸.

³⁸ La nostra osservazione pare coincidere con l'autorevole opinione di G. D'AURIA, *La "nuova" Corte dei conti*, in www.astrid.eu, p. 2, il quale nota amaramente come i controlli siano "tanto numerosi quanto insufficienti a reprimere abusi, ad arginare la corruzione, a combattere inefficienze e diseconomicità. Raramente sono coordinati fra loro e fra gli organi che ne sono titolari (basti dire

Proprio l'inefficacia di un sistema di controlli (interni od esterni) costituisce, a nostro avviso, la maggiore causa efficiente della produzione di ulteriori organismi di controllo da cui si spera di poter ottenere quel *quantum* di rigore valutativo dell'azione amministrativa che non si è riuscito ad ottenere dagli organismi esistenti fino ad allora.

Ebbene, se si conviene su tale analisi, il giurista che voglia porre al servizio della società il proprio impegno di riflessione culturale³⁹ non può non interrogarsi sul come migliorare radicalmente il sistema dei controlli rendendoli efficaci, nel senso di capaci di incidere realmente sul miglioramento della qualità dell'amministrazione e costituire la premessa necessaria per irrogare le opportune sanzioni (disciplinari, ma non solo) ai responsabili di *processi (lato sensu)* giudicati inefficienti, diseconomici e, dunque, generatori di disservizi alla collettività.

Se si esclude che il ruolo possa essere svolto dalla Corte dei conti, principalmente perché un compito siffatto la trasformerebbe in un organo dell'amministrazione attiva con conseguente piena ed indiscussa impugnabilità dei propri deliberati e sostanziale snaturamento delle funzioni di ausilio alle Camere assegnato dall'art. 100 Cost., l'unica soluzione ragionevolmente prospettabile è quella di procedere alla soppressione degli svariati organismi di controllo esterno, di ispezione, monitoraggio o di diversa altra denominazione, che sono proliferati confusamente nel corso degli anni, soprattutto nelle leggi finanziarie, e creare un'unica autorità indipendente di controllo esterno che, sulla falsariga delle *authority* oggi esistenti, ed anzi sfruttando proprio il dibattito aperto sul riordino delle stesse⁴⁰, si occupi di valutare la qualità dell'amministrazione nel senso dell'efficacia, efficienza ed economicità; a tale compito, dovrebbe assolutamente aggiungersi quello della individuazione dei responsabili di gestione inefficaci, inefficienti e/o diseconomiche, al fine di applicare loro direttamente sanzioni amministrative di carattere pecuniario.

La necessità di procedere alla soppressione delle numerose quanto inutili autorità di controllo esterno variamente denominate deriva anche dal principio

che i controlli del ministero dell'economia e quelli della Corte dei conti sul rispetto del patto di stabilità interno viaggiano su linee parallele, senza alcun raccordo o sintesi finale). Spesso, le procedure di controllo sono fine a se stesse o si intrecciano le une alle altre, ostacolandosi. I risultati dei controlli non determinano, il più delle volte, "reazioni virtuose" da parte del parlamento e delle amministrazioni. Le misure (le "sanzioni") contro i responsabili delle disfunzioni riscontrate sono rare o inesistenti. Per parte loro, le assemblee rappresentative sono tradizionalmente refrattarie ad esercitare la funzione di controllo (politico) sui rispettivi governi e sulle amministrazioni che ne dipendono, né i controlli interni sono strutturati per perseguire le responsabilità di gestione".

³⁹ Sulle orme, ad esempio, di Vittorio Bachelet, la cui figura di studioso è stata ricordata da illustri autori tra cui G. PASTORI, *Per un'amministrazione al servizio della società. In ricordo di Vittorio Bachelet* (Intervento al XXX Convegno Bachelet "Vittorio Bachelet testimone della speranza", Roma, 12 e 13 Febbraio 2010).

⁴⁰ Aspetto su cui si rinvia a C. SAN MAURO, *Il dibattito sul riordino delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. - CdS*, 2009, 2453 ss.

generale per cui i controlli devono essere proporzionali alla gestione delle attività potenzialmente pregiudizievoli per l'amministrazione. Infatti, la diminuzione del 'rischio' di danni non deriva affatto dall'aumento puro e semplice dei controlli: "Quando il numero e la pressione di questi ultimi crescono in modo non coordinato, quello che spesso aumenta è solo il loro costo; ma poiché questo non viene rilevato, il problema non è neppure avvertito. Per tale via, l'introduzione di nuovi controlli diventa essa stessa un nuovo fattore di rischio, per certi aspetti più subdolo, a sua volta causa di ulteriori perdite di efficienza organizzativa"⁴¹.

Di qui l'esigenza di una ricognizione degli organismi di controllo quale premessa della loro razionalizzazione e *reductio ad unum*. Al fine di individuare gestioni diseconomiche, inefficaci ed inefficienti, poi, siffatta autorità sul controllo esterno della pubblica amministrazione dovrebbe controllare l'*attività* ed il suo *contrario*, cioè l'inerzia, il *non-fare*; e ciò non solo perché è nel *non-fare* che si annidano le maggiori sacche di "*mala-amministrazione*" ma anche perché *controlli legalistici di tipo impeditivo* sortirebbero piuttosto l'effetto l'opposto: incrementare ed incentivare il *non-fare*, ritenuto porto assai più sicuro del *fare efficiente* che richiede assunzioni di responsabilità, inventiva ed attenzione per l'uso economico delle risorse pubbliche.

Ovviamente, dovendo svolgere funzioni di organo di controllo esterno alle singole amministrazioni, la istituzione di una autorità siffatta non elimina pure la necessità di mantenere e "valorizzare i controlli interni (eliminando le distorsioni che li hanno finora caratterizzati)", istituendo collegamenti organici fra controlli interni ed autorità di controllo esterno, potenziando "i meccanismi di responsabilità del governo (dei governi) davanti al parlamento (ai parlamenti) in esito ai *reports* che ad esso (ad essi) presenta la corte dei conti, pluralizzare le professionalità dei magistrati della corte, creare un vero e proprio "statuto" dei controlli"⁴². L'efficacia di tali innovazioni migliorative sarebbe, però, assai ridotta se non si individuasse dapprima un organo deputato a svolgere il ruolo di organo esterno alle diverse amministrazioni e che sia titolare anche, come le attuali *authority* (ma non solo), di correlativi poteri sanzionatori.

Sul descritto sistema dei controlli amministrativi interni ed esterni, ovviamente non può che esercitare il suo controllo finale la Corte dei conti. E ciò per due ragioni.

In primo luogo perché se la legge già assegna alla Corte il potere di verificare la funzionalità dei controlli interni (art. 3, comma 4, primo periodo, legge n.

⁴¹ C. DE ROSE-G. MESSINA, *Riflessioni in tema di controlli sulle pubbliche gestioni*, in *Riv. Corte conti*, n. 3/2007, 285 ss., qui 289, i quali auspicano, poi (*op. ult. cit.*), che si focalizzi "l'attenzione sulla razionalizzazione dei controlli e sulla loro efficace applicazione in chiave di prevenzione (...)".

⁴² Come suggerito da G. D'AURIA, *La "nuova" Corte dei conti*, cit., 3. Sul tema del necessario raccordo tra controlli esterni esercitati dalla Corte e controlli interni, si veda C. CHIAPPINELLI, *Raccordi tra controlli interni ed esterni e coordinamento della finanza pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento: contributo ad una ricostruzione sistematica*, in *Riv. Corte conti*, 2007, 246 ss.

20/1994), cioè attivati dalle singole amministrazioni sottoposte a controllo, *a fortiori* essa non può non riconoscerle anche il potere di verificare la funzionalità dei controlli esterni di natura amministrativa.

In secondo luogo, essendo i controlli amministrativi di diretta promanazione governativa, la funzione di controllo della Corte si radica anche perché tali controlli sono, direttamente o indirettamente, riferibili al medesimo apparato governativo ch'essa controlla in virtù delle attribuzioni generali di cui all'art. 100 Cost.

Per tali ragioni, la Corte dei conti si pone come "controllore dei controllori", cioè organo che verifica la funzionalità e l'indipendenza degli organi di controllo strettamente amministrativi, siano essi interni che esterni alle diverse amministrazioni (centrali, locali od autonome), riferendone, poi, al Parlamento ex art. 100, comma 2, Cost.; l'interesse di questo all'acquisizione di informazioni e notizie in ordine ai risultati dell'attività di controllo, interno ed esterno, nasce, all'evidenza, dal fatto di poter disporre di informazioni corrette e "garantite" sia intorno al modo in cui funzionano siffatti organismi che rispetto ai risultati del controllo medesimo che può offrire materia di responsabilità politica del Governo (o dei governi locali) di fronte al Parlamento (o alle diverse assemblee consiliari)⁴⁵.

⁴⁵ Per il ragionamento da noi svolto, si ritengono non condivisibili le proposte formulate da taluni autori (A. NENNA, *La Pubblica amministrazione tra efficienza e sviluppo: il ruolo della valutazione e del controllo*, in *Riv. Corte conti*, n. 6/2006, 365 ss., qui 384) di potenziare la dotazione di risorse umane e finanziarie della Corte per migliorare l'efficacia dei controlli, piuttosto che istituire nuove autorità indipendenti deputate al controllo ("...sorprendono non poco recenti proposte e alcune disposizioni normative rivolte all'istituzione di vari nuovi organismi di valutazione indipendenti (o addirittura di ulteriori Authority), per la valutazione del personale amministrativo oppure per il controllo sulla gestione amministrativa e/o finanziaria delle pubbliche amministrazioni (con tutti gli enormi costi che, con tutta evidenza, occorrono per l'istituzione ex novo dei predetti), quando già la Corte dei conti svolge questi compiti con le conoscenze e le competenze necessarie nonché con le insostituibili garanzie di effettiva indipendenza e terzietà che le derivano dall'essere una magistratura ... (op. loc. ult. cit.)". Si ritiene di poter aderire all'osservazione ove interpretata nel senso di ritenere opportuno non istituire inutili enti privi di reali poteri valutativi sulle amministrazioni ed i loro dipendenti; la notazione, invece, appare una stucchevole difesa corporativa nella misura in cui si voglia far credere che il potenziamento delle risorse della Corte dei conti ne muti la sostanza e la missione istituzionale.

Il problema, infatti, non è costituito unicamente dall'esigenza di far diventare le verifiche della Corte "ancora più capillari (evitando, peraltro, inutili e dispendiose duplicazioni di funzioni)" (op. loc. ult. cit.), quanto quello di affiancare alla Corte un'autorità indipendente (ed *una soltanto*, in luogo dei tanti cloni di organismi di controllo e di ispezione esterni oggi esistenti) che agisca sulle amministrazioni con una incisività superiore rispetto a quanto il ruolo collaborativo verso le assemblee rappresentative non consenta di fare ai magistrati contabili (sul seguito dei referti della Corte dei conti, si veda la utilissima indagine della Corte dei conti, sez. centr. contr. gestione amministrazioni dello Stato – di cui alla deliberazione n. 21/2009/G – sulle "*Modalità di adeguamento da parte delle amministrazioni dello Stato alle osservazioni formulate dalla sezione centrale di controllo sulla gestione*", disponibile in www.corteconti.it). In questo senso, il problema economico dell'istituzione di un nuovo organismo prospettato dall'Autore ora citato sarebbe assolutamente inesistente se si procedesse ad una mera razionalizzazione degli enti ed organi distinti dalla Corte attualmente esistenti.

**THE “EXTERNAL AUDIT” AUTHORITIES, DIFFERENT
FROM THE NATIONAL AUDIT COURT (*CORTE DEI CONTI*),
THAT CONTROL PUBLIC ADMINISTRATION’S ACTIVITIES**

by Giuseppe Martinico

Abstract

This study analyses the “external audit” authorities, different from the National Audit Court (*Corte dei Conti*), that control Public Administration’s activities. The objective is to measure the effectiveness of the current external control system, considering both its political and legal effects (the latter concerning either improvements to the administrative system, or legal sanctions). The research aims to monitor and measure the results of the control procedures in place. The author specifically examines powers and duties of the Public Service Inspectorate (*Ispettorato per la funzione pubblica*), of the Anti-corruption and Transparency Department (*Servizio anticorruzione e trasparenza*), as well as of the suppressed Central Tax Inspectors Department (*Se.c.i.t.*), by comparing them to the inspection powers of the income tax officers. This analysis concludes that there is a need to further investigate how the current external control bodies can be combined into a single administrative authority that monitors Public Administration’s management. The National Audit Court should maintain its own control on such authority, thus representing the primary guarantor of the proper functioning of both internal controls and external control systems on the Public Administration.

Non mi pare calzante nemmeno l’esempio offerto sempre dal Nenna circa la positiva testimonianza fornita dalla sezione controlli della Basilicata che, con la deliberazione n. 8/2006 resa nell’adunanza del 19 ottobre 2006, ha indagato sul “*Monitoraggio ed analisi degli elementi acquisiti in ordine alla sana gestione finanziaria, ai controlli interni ed all’affidamento di incarichi di studio e ricerca, ovvero di consulenza a soggetti estranei all’amministrazione nell’ambito degli enti locali aventi sede nella regione Basilicata*”. Come effetto del monitoraggio effettuato, il Nenna rileva che “gran parte degli enti locali che hanno attivato o quantomeno istituito il servizio di controllo interno di gestione lo hanno fatto solo dopo aver ricevuto i relativi questionari istruttori da parte della magistratura contabile” (*op. ult. cit., sub nota n. 34*). Nel merito della affermazione del Nenna, non può non rilevarsi come questa sembri smentita dalla *Relazione sulla gestione finanzia degli enti locali – Esercizi finanziari 2006 – 2007 (Legge 26 febbraio 1982, n. 51 – Legge 5 giugno 2003, n. 131)* di cui alla *Deliberazione n. 10/2008* della Corte dei conti, sez. autonomie, 24 Luglio 2008, vol. I, p. 126, in *www.corteconti.it*, in cui la Corte dei conti rileva come, nel 2008, “dall’esame dei comuni della Basilicata emerge che solo il 20% ha insediato il controllo di gestione (...)”.

Inoltre, se non può non compiacersi, in linea di principio, dei presunti positivi effetti sull’amministrazione (tutt’altro che dimostrati), deve però rilevarsi che intanto “fa notizia” l’adeguamento del comportamento amministrativo degli enti lucani rispetto alle utili sollecitazioni della Corte dei conti in quanto *di norma ciò non accade*, e quando ciò non accade, la Corte non può nulla, salvo l’improbabile attivazione del meccanismo di controllo democratico da parte dell’elettorato. Di qui la necessità di integrare l’utile funzione della Corte a quella non meno utile di altro organismo indipendente caratterizzato da una *mission* più *tarata* verso il miglioramento delle *performance* delle amministrazioni pubbliche, e che superi, nel contempo, i limiti *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche* istituita dall’articolo 13, d.lgs. n. 150/2009, su cui mi permetto di rinviare agli approfondimenti svolti in A.L. TARASCO, *Amministrazione di qualità e controlli efficaci: un’endiadi possibile nella nuova ‘azione per l’efficienza’?*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 1/2010.

Giurisprudenza

Corte costituzionale - Sentenza 16 luglio 2009, n. 236
Pres. Amirante - Red. Criscuolo

Status di fuori ruolo dei professori universitari – Provvedimento formale di collocamento fuori ruolo – Esercizio delle prerogative connesse allo status di fuori ruolo e godimento del relativo trattamento economico – Legge con effetto retroattivo – Limite della ragionevolezza – Principio della tutela del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica – Affidamento legittimo e mera aspettativa – Art. 3 Cost.

La posizione di fuori ruolo dei professori universitari, disposta con formale provvedimento amministrativo e già in atto, costituisce un autonomo, unitario e ben definito status professionale, collegato al successivo collocamento in quiescenza ma da questo distinto. Su tale posizione giuridica consolidata il legislatore può ben intervenire, nell'esercizio della sua discrezionalità, con una disciplina di carattere retroattivo, ma nel rispetto dell'affidamento dei soggetti interessati. L'art. 2 comma 434 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, disponendo la contrazione del periodo di fuori ruolo per i docenti per i quali tale periodo era già in corso di svolgimento, ha prodotto una lesione del legittimo affidamento degli stessi riguardo alla possibilità di portare a termine le funzioni loro conferite e riguardo alla stabilità della posizione giuridica acquisita. La stessa disposizione è inoltre in contrasto con l'art. 3 Cost. poiché ha equiparato posizioni giuridiche non omogenee, prevedendo lo stesso trattamento per il professore già in fuori ruolo e per quello in servizio di ruolo (1).

(1) Segue una nota di Laura Lorello.

Ancora un tassello per la valenza costituzionale del principio della tutela del legittimo affidamento?

1. Con la sentenza n. 236 del 2009 la Corte costituzionale torna ad occuparsi della tutela dell'affidamento¹ del singolo in situazioni giuridiche previste dalla

¹ Una prima pronuncia di rilievo della Corte costituzionale sul tema della tutela del legittimo

legislazione vigente e consolidate nel tempo, sulle quali il legislatore intervenga con una nuova disciplina ad effetto retroattivo e di carattere peggiorativo.

La pronuncia trae origine da due distinti giudizi di costituzionalità, sollevati rispettivamente dal TAR Sicilia, sez. di Catania e dal TAR Lazio riguardo all'art. 2 comma 434 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2008". Entrambi i ricorrenti ravvisano nella disposizione censurata la violazione degli articoli 3 e 97 Cost., per il primo per la parte in cui la stessa disposizione risulta applicabile anche per i professori universitari che abbiano già ottenuto un provvedimento amministrativo formale che ne dispone la collocazione fuori ruolo; per il secondo nella parte in cui la disposizione stabilisce la riduzione progressiva del periodo di fuori ruolo anche per i professori universitari che si trovino già nella posizione di fuori ruolo. In ambedue i casi, dunque, la nuova disciplina introdotta incide su una posizione già acquisita, fondata su un provvedimento amministrativo adottato secondo le forme di legge e in un momento temporale anteriore alla modifica legislativa².

2. La disposizione impugnata si prefigge di procedere gradualmente alla totale abolizione dell'istituto del collocamento fuori ruolo dei professori universitari, facendo seguire alla cessazione del servizio direttamente la collocazione in quiescenza. Coerentemente con tale obiettivo si dispone che il periodo di fuori ruolo venga ridotto di due anni accademici a partire dal 1° gennaio 2008: coloro che a questa data sono in servizio come professori nel terzo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza alla fine dell'anno accademico. A decorrere dal 1° gennaio 2009 il periodo di fuori ruolo viene ridotto ad un solo anno accademico: coloro che a questa data sono in servizio come professori nel secondo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza al termine dello stesso. Infine a partire dal 1° gennaio 2010 si stabilisce la definitiva abolizione del periodo di fuori ruolo e coloro che a questa data si trovino ancora in servizio come professori nel primo anno accademico fuori ruolo sono collocati in quiescenza alla sua conclusione.

affidamento è la sentenza n. 211 del 1997 (*Giur cost.* 1997, 2121 ss., con note di A. CERRI, *Di un evidente legame del principio di ragionevolezza ovvero dell'intollerabile contraddizione di un legislatore imprevedente in materia previdenziale*, 2133 ss. e di R. ALESSE, *Note minime (...e non propriamente tecniche per una sentenza scontata) in tema di bilanciamento tra l'art. 81 e 38 Cost.*, 2135 ss.). Sul principio si possono richiamare anche le sentenze n. 24 del 2009, n. 74 del 2008, n. 156 del 2007, n. 416 del 1999, con nota di P. CARNEVALE, «... al fuggir di giovinezza... s'ha più certezza» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur cost.* 2000, 3643 ss., n. 432 del 1997 e n. 376 del 1995.

² Nell'ordinanza del TAR Lazio non è fatto espresso riferimento all'avvenuta adozione del provvedimento amministrativo di collocamento fuori ruolo, ma la Corte ritiene di potere ricavare dalla stessa ordinanza una questione di legittimità costituzionale di identico tenore rispetto a quella sollevata dal TAR Sicilia.

Dal tenore della disposizione, secondo il TAR Sicilia, non può che ricavarsi che l'intenzione del legislatore è quella di riferirsi anche a coloro che hanno già ottenuto lo status di fuori ruolo, prevedendone il progressivo collocamento a riposo anticipato. Ma proprio tale scelta legislativa integra una violazione dell'art. 3 Cost., che il giudice remittente biforca in due diverse direzioni: il principio di ragionevolezza, perchè viene travolta la posizione giuridica sostanziale del singolo, fondata sulla adozione di un formale provvedimento amministrativo, frustrando in tal modo il suo affidamento "nella sicurezza giuridica elemento fondamentale dello Stato di diritto"³; e il principio di eguaglianza, poichè si parificano situazioni differenti: quella di chi si trovi già nello stato di fuori ruolo e quella di chi si trovi ancora in servizio, nella fase che precede il collocamento fuori ruolo⁴.

Anche il TAR Lazio lamenta la violazione dell'art. 3 Cost., in relazione, diversamente dall'altro ricorrente, al carattere retroattivo dei contenuti precettivi della disposizione censurata. Se, infatti, il divieto di leggi retroattive possiede rango costituzionale solo per la materia penale, è tuttavia necessario che negli altri settori l'introduzione di leggi dotate di efficacia retroattiva trovi giustificazione "sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, tra cui l'affidamento legittimamente sorto, quale principio connaturato allo Stato di diritto"⁵. L'incidenza della nuova disciplina giuridica su posizioni soggettive già consolidate, senza alcuna ragionevole giustificazione della retroattività, lede, pertanto, il principio di eguaglianza e il legittimo affidamento dei soggetti interessati.

Entrambi i giudici remittenti, dunque, collegano la violazione dell'affidamento al principio di eguaglianza attraverso il canone della ragionevolezza, ricostruendo l'affidamento legittimamente riposto in situazioni soggettive consolidate come una delle molteplici sfaccettature che il principio di eguaglianza è suscettibile di assumere nel concreto delle scelte legislative⁶.

3. Il giudice costituzionale, nell'esaminare la questione sollevata, procede in primo luogo ad una ricostruzione dell'istituto del fuori ruolo, che configura come un autonomo, unitario e ben definito *status* professionale, distinto dal successivo collocamento in quiescenza, ma a questo collegato. La disciplina normativa censurata ha inciso su tale *status* in due modi: introducendo una modifica peggiorativa del rapporto di durata per il futuro e riducendo il tempo complessivo del periodo di fuori ruolo, attraverso un'anticipazione, variamente

³ Punto 1 del Considerato in diritto.

⁴ Il TAR Sicilia lamenta anche la violazione dell'art. 97 Cost., poichè l'applicazione della nuova disciplina legislativa produce "l'interruzione dei programmi di ricerca intrapresi dal docente e i processi di crescita e di affermazione dei suoi allievi", punto 1 del Considerato in diritto.

⁵ Punto 2 del Considerato in diritto.

⁶ Anche il TAR Lazio lamenta la violazione del principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, sancito dall'art. 97 Cost.

articolata, della sua conclusione. Ciò produce effetti negativi sulla posizione giuridica già acquisita dagli interessati, integrando, secondo la Corte, un caso di retroattività c.d. impropria⁷.

Ora, è ben noto come, al di fuori della materia penale, la legge possa assumere efficacia retroattiva e, nel caso di rapporti di durata, sia ben possibile al legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, disporre in modo diverso con più leggi che si succedono e che incidano su quei rapporti, anche se relativi a diritti soggettivi perfetti, in modo retroattivo. La Corte, però, precisa che la retroattività della nuova disciplina deve rispondere a due condizioni: da una parte deve essere giustificata sul piano della ragionevolezza, nel senso che la misura retroattiva che dispone un trattamento diverso deve essere coerente con l'impianto normativo di riferimento e con i principi costituzionali; dall'altra parte la nuova disciplina non deve essere "in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti" (punto 6.2 del Considerato in diritto).

Il quadro di riferimento, sulla cui base procedere allo scrutinio di costituzionalità di una disciplina dotata di effetto retroattivo, viene poi completato dalla Corte con il richiamo del principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che il supremo giudice configura come *consolidato* nella sua giurisprudenza e definisce come "elemento fondamentale dello Stato di diritto" che "non può essere lesa da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori"⁸.

Dunque nel disegno della Corte la ragionevolezza della disposizione impugnata va ricostruita guardando al principio della tutela dell'affidamento, che viene in luce "quale parametro alla stregua del quale scrutinare la legittimità della norma medesima, con riguardo all'art. 3 Cost."⁹. In tal modo, il giudice costituzionale, come già i giudici remittenti, sembra configurare la tutela dell'affidamento legittimo riposto dai singoli su una disciplina giuridica vigente come uno dei profili del rispetto del principio di eguaglianza, nel senso che il rispetto dell'eguaglianza prende forma anche nella tutela dell'affidamento nella certezza giuridica. Ciò non si traduce nell'impossibilità di apportare modifiche a discipline vigenti, che incida-

⁷ Sul tema della retroattività della legge si rinvia per tutti a G. GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, A. CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.* 1975, p. 517 ss., F. SATTI, *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.* 1990, 1332 ss. Di retroattività impropria parla R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 256 ss., che la definisce come non autentica o quasi retroattività e la riferisce a quelle leggi che "modificano la normativa vigente, e di per sè non sono retroattive, in quanto dispongono per il futuro, ma incidendo su fattispecie non ancora concluse"; così come a quelle leggi che "si limitano a dare una costruzione nuova alla materia preesistente, prendendo a supporto una circostanza del passato, con un'efficacia, però, soltanto per il futuro.

⁸ Punto 6.2 del Considerato in diritto.

⁹ Punto 6.3 del Considerato in diritto.

no retroattivamente su situazioni soggettive consolidate, ma impone che tali modifiche operino in modo “giustificato”, che il diverso trattamento che consegue dal carattere retroattivo della nuova disposizione risulti ragionevole e non si traduca, invece, in una misura discriminatoria incompatibile con la Costituzione.

4. Stabilito, dunque, che lo status di fuori ruolo rappresenta una posizione giuridica consolidata, che trova il suo fondamento tanto in un provvedimento amministrativo formale, quanto nel concreto esercizio delle attività tipiche del professore universitario e nel godimento del relativo trattamento economico, la Corte procede a verificare la sussistenza di adeguate ragioni che possano giustificare la limitazione del legittimo affidamento degli interessati sul permanere di quello stesso *status*.

Tale non è la durata del periodo di fuori ruolo, che risulta limitata ad un triennio, ben diversamente dai rapporti di tipo pensionistico, legati alla vita del titolare e, dunque, suscettibili di incidere significativamente sugli equilibri di finanza pubblica¹⁰.

Ma tale non è neanche il numero dei docenti titolari della posizione di fuori ruolo, che costituiscono, invece, un gruppo numericamente ridotto. La contrazione del periodo di fuori ruolo, pertanto, non è in grado di produrre vantaggi apprezzabili sulla finanza pubblica, nè “risponde allo scopo di salvaguardare equilibri di bilancio o altri aspetti di pubblico interesse”¹¹.

Ne discende che il sacrificio imposto ai soggetti interessati (titolari dello *status* di fuori ruolo) non possiede alcuna contropartita, non ravvisandosi nella scelta del legislatore alcun interesse o esigenza che da quel sacrificio tragga un vantaggio. Da qui l'irragionevolezza della disposizione censurata, che, dice la Corte, *si traduce* nella lesione del legittimo affidamento riguardo al mantenimento della posizione giuridica acquisita e della conseguente “possibilità di portare a termine, nel tempo stabilito dalla legge, le funzioni connesse”¹².

Ma la disposizione in questione è anche causa di un'autonoma ed ulteriore violazione del principio di eguaglianza, poichè dispone un trattamento eguale ingiustificato di situazioni giuridiche non omogenee: quella del professore che si trovi già nella posizione di fuori ruolo e sia, quindi, titolare del relativo stato professionale (su cui la disposizione introdotta produce effetti immediati e peggiorativi) e quella del professore ancora in servizio di ruolo. Solo al primo può riconoscersi la sussistenza di un affidamento legittimo, fondato su una posizione

¹⁰ Nulla vieta, aggiunge la Corte, che, dato il “quadro critico della finanza pubblica” il legislatore possa procedere all'abolizione dell'istituto del fuori ruolo: ma ciò deve comunque avvenire nel rispetto del legittimo affidamento “nella sicurezza giuridica, nutrito da quanti, sulla base della normativa previgente, hanno conseguito una situazione sostanziale consolidata” (punto 6.3 del Considerato in diritto).

¹¹ Punto 6.3 del Considerato in diritto. Aggiunge la Corte che non può neppure rinvenirsi, nella scelta del legislatore, l'obiettivo di realizzare un ricambio generazionale dei docenti universitari, poichè il passaggio nella posizione di fuori ruolo produce comunque la perdita della titolarità della cattedra.

¹² Punto 6.3 del Considerato in diritto.

giuridica consolidata, laddove per il secondo può parlarsi solo di situazione di mera aspettativa non tutelabile¹³.

5. Nella pronuncia esaminata l'illegittimità costituzionale della disposizione viene, dunque, fatta derivare dalla violazione del legittimo affidamento, che si presenta come *sintomo* della irragionevolezza della stessa e, più estesamente, come espressione della lesione del principio di eguaglianza. In sostanza, la Corte, forse esplicitando posizioni già espresse in passato, attribuisce al principio della tutela dell'affidamento la forma di una delle facce del complesso prisma della ragionevolezza, dotando lo stesso principio di una dignità *costituzionale*.

Il sentiero tracciato dalla Corte, che lega insieme affidamento, ragionevolezza ed eguaglianza, potrebbe rappresentare la via attraverso la quale superare le difficoltà che si prospettano nella giurisprudenza di merito riguardo alla tutela dell'affidamento. Questa, anche recentemente, viene fondata dalla Corte di Cassazione¹⁴ su un'interpretazione dell'art. 10 comma 1 e del richiamato art. 1 della legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente) che vuole attribuire "rango costituzionale" ai principi ivi espressi, prospettando le stesse disposizioni "come espressive di principi generali, anche di rango costituzionale, immanenti nel diritto e nell'ordinamento tributario". Il principio della tutela del legittimo affidamento, in particolare, sarebbe proprio "reso esplicito in materia tributaria" dall'art. 10 comma 1 della l. n. 212 del 2000, "trovando origine nei principi affermati dagli artt. 3, 23, 53 e 97 Cost."

Una simile impostazione, tuttavia, si scontra con il carattere di fonte primaria della legge 212 del 2000, non superabile, quanto meno dal punto di vista formale, attraverso il legame definito sul piano interpretativo con le disposizioni costituzionali richiamate¹⁵.

Diversamente una ricostruzione della tutela dell'affidamento come espressione del rispetto del generale canone della ragionevolezza della legge, riconosce allo stesso una rilevanza e una precettività che non necessitano nè di articolati passaggi interpretativi, nè di connotazioni *superprimarie* da attribuire a fonti ordinarie.

¹³ Punto 6.3 del Considerato in diritto.

¹⁴ Si veda la sentenza n. 10982 del 2009, ma anche le sentenze n. 21513 del 2006, in *Foro it.* 2007, 2507 ss. per cui si veda il commento di P. MUCCARI, *Valenza costituzionale del principio della tutela dell'affidamento del contribuente*, in *Corriere trib.*, 2006, 3666 e sia consentito rinviare al commento di L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento ha un fondamento costituzionale?*, in *Nuove Aut.*, 2006, 917 ss. e n. 17576 del 2002, in *Foro it.*, 2003, 1104 ss., si vedano a commento D. STEVANATO, *Tutela dell'affidamento e limiti all'accertamento del tributo*, in *Rass. trib.*, 2003, 815 ss. e A. TURCHI, *In tema di tutela dell'affidamento riposto dal contribuente nelle indicazioni provenienti dall'amministrazione finanziaria*, in *Giur. it.*, 2003, 2194 ss.

¹⁵ La Corte costituzionale, peraltro, ha escluso che le disposizioni della legge 212 del 2000 possano assumere rango costituzionale, neanche come norme interposte, si vedano le ordinanze n. 58 del 2009, n. 41 del 2008, n. 180 del 2007 e n. 428 del 2006.

Corte costituzionale - sentenza 14 gennaio 2010, n. 4

La cosiddetta “preferenza di genere” di cui all’art. 4, comma 3, della legge della Regione Campania 27 marzo 2009, n. 4 (Legge elettorale) – in virtù della quale l’elettore può esprimere uno o due voti di preferenza e, nel caso di espressione di due preferenze, una deve riguardare un candidato di genere maschile ed una un candidato di genere femminile della stessa lista, pena l’annullamento della seconda preferenza – non contrasta con gli artt. 3, 48 e 51 della Costituzione. Infatti, il riequilibrio della rappresentanza politica dei due sessi all’interno degli organi elettivi è obiettivo del tutto in linea con l’art. 51, primo comma, Cost., nel testo modificato dalla legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1 (Modifica dell’articolo 51 della Costituzione), e con l’art. 117, settimo comma, Cost., nel testo modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) (1).

(1) Segue una nota di Antonella Sciortino.

La corte ha detto sì alla preferenza di genere. Brevi riflessioni sulla rappresentanza politica di genere

SOMMARIO: 1. La preferenza di genere come meccanismo volto al riequilibrio della presenza maschile e femminile nella rappresentanza politica. - 2. Identità politica di genere e rappresentanza politica. - 3. Sotto-rappresentanza del genere femminile e arretratezza culturale: un richiamo significativo.

1. *La preferenza di genere come meccanismo volto al riequilibrio della presenza maschile e femminile in nelle assemblee elettive.*

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale torna ancora una volta a pronunciarsi, tra l’altro¹ sul tema della rappresentanza politica di genere ag-

¹ I ricorrenti hanno impugnato anche gli artt. 2, comma 2 e 3, commi 1, 3, e 4 e l’art. 6 comma 1 della stessa legge reg. Campania n. 4 del 2009 fondamentalmente per l’asserita violazione dell’art. 5 della l. cost. n. 1 del 1999 in cui viene stabilito che fino all’entrata in vigore dei nuovi statuti regionali e delle nuove leggi elettorali, ai sensi del primo comma dell’art. 122 Cost., nel testo modi-

giungendo un tassello significativo, di apertura nei confronti di tutte quelle misure volte a promuovere, ma non ad imporre la parità di accesso, maschile e femminile, alle cariche elettive.

L'*occasio* viene offerta dall'impugnazione governativa di alcune disposizioni della legge elettorale (del 27 marzo 2009, n. 4) della Regione Campania che, all'art. 4 comma 3, introduce la preferenza di genere ossia la possibilità per l'elettore campano di esprimere (se lo ritiene) due preferenze, prevedendo tuttavia che la seconda debba ricadere su un candidato di sesso diverso rispetto a quello espresso con la prima preferenza pena l'annullamento della sola seconda preferenza. Come è di tutta evidenza, l'avvalersi o meno di tale facoltà è interamente rimessa alla libera determinazione dell'elettore su cui pende solo il divieto di esprimere una doppia preferenza omogenea, il cui meccanismo di operatività è comunque assolutamente «neutro», nel senso che opera indifferentemente sia nel caso di due preferenze maschili che in quello di due preferenze femminili.

Il Governo, nell'impugnare la disposizione in oggetto ritiene invece che questa integri un vero e proprio *vulnus* dell'elettorato attivo e passivo tramite una discriminazione, in base al sesso dei candidati, quanto all'accesso alla carica elettiva. Inoltre, sempre ad avviso dell'Avvocatura dello Stato, in difesa delle posizioni governative, verrebbe violata (o comunque compressa) la libertà del diritto di voto di cui all'art. 48 Cost. nella misura in cui l'elettore, se intende esprimere la seconda preferenza, è vincolato a far cadere la scelta su un candidato di sesso diverso rispetto a quello espresso nella prima preferenza.

L'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, nel dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma impugnata, prende avvio dalla finalità che si pone la disposizione in parola, quella di ottenere un riequilibrio della rappresentanza politica dei due sessi all'interno del Consiglio regionale in coerenza con il quadro costituzionale (l'art. 51 Cost. novellato e il nuovo art. 117 comma VII Cost. modificato dalla l. 3/2001) e con quello statutario (art. 5 dello Statuto della Regione Campania). Lo strumento prescelto dalla resistente appare alla Corte non lesivo della libertà di scelta dell'elettore di cui all'art. 48 Cost. Le ragioni sono varie. In primo luogo perché la condizione di genere cui sarebbe sottoposto l'elettore campano, peraltro solo nell'eventualità che volesse espri-

ficato dalla stessa l. cost. n. 1 del 1999, la contestualità dell'elezione del Presidente della giunta e del consiglio e con le modalità previste dalle disposizioni di legge ordinaria vigenti. Rispetto a questi profili la Corte costituzionale dichiara la cessazione della materia del contendere in quanto le doglianze governative, che sarebbero potute essere fondate quando sono state avanzate, non lo erano più al momento della decisione. Infatti la disciplina transitoria contenuta nella l. cost. n. 1 del 1999 ha lo scopo di evitare eventuali incoerenze tra la forma di governo regionale e la legge elettorale. Tale timore in questa occasione è stato fugato dall'*iter* quasi parallelo dei due atti (statuto e legge elettorale) che ne hanno scongiurato eventuali distonie e incongruenze. Per un commento a prima lettura v. M Raveraira, "Preferenza di genere": azione positiva o norma antidiscriminatoria? *Brevi note a margine della sent. n. 4/2010 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it n. 3/2010.

mere la seconda preferenza, è una mera facoltà aggiuntiva che amplia la sua possibilità di scelta. In secondo luogo perché il meccanismo della preferenza di genere, così come è formulato nella disposizione censurata, non è in grado di assicurare un certo risultato elettorale, di favore per l'uno o per l'altro sesso né di alterare la composizione del Consiglio regionale. Ciò in coerenza con la precedente giurisprudenza costituzionale in materia che ha escluso la legittimità di misure che non si limitino a rimuovere gli ostacoli che impediscono una rappresentanza politica più equilibrata, ma che vanno oltre, fino ad attribuire un certo risultato elettorale (sent. 422/1995) o che alterino la parità di *chances* tra i candidati nelle competizioni elettorali (sent. 49/2003). Infatti, in base alle scelte dell'elettore, la disposizione consente ma non impone un maggior equilibrio della presenza dei due sessi in seno al Consiglio. Pertanto ugualmente possibile è un risultato di squilibrio in entrambi i sensi (vale a dire una maggiore presenza di rappresentanti maschili, come accade generalmente, ma astrattamente sarebbe ipotizzabile anche il verificarsi di un nuovo squilibrio, se gli elettori esprimessero una sola preferenza in maggioranza femminile, ipotesi, a dire il vero, poco realistica). Ciò metterebbe in luce la natura «promozionale» e non coattiva della norma impugnata.

2. *Identità politica di genere e rappresentanza politica*

La sentenza affronta, per quanto qui interessa, la compatibilità di uno strumento introdotto dalla legge elettorale campana, quello della preferenza di genere, con i principi fondamentali che la Costituzione detta in materia di elettorato attivo e passivo. La struttura argomentativa della decisione fa leva in gran parte sul carattere «neutro» della tecnica prescelta per il riequilibrio di genere nella composizione del consiglio regionale: infatti, il divieto della doppia preferenza omogenea, come già ricordato, opera indifferentemente sia nel caso di due preferenze maschili, che in quello di due preferenze femminili sanzionando con l'annullamento solo la seconda preferenza omogenea. Il richiamo (rintracciabile nel considerato in diritto) alla famosa sentenza n. 422 del 1995, che dichiarava l'incostituzionalità di una certa legislazione di favore², serve ad escludere

² Come è noto, la Corte costituzionale con la sent. n. 422 del 1995, sulla scorta di un corredo motivazionale in parte poco convincente, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 comma 2 della l. n. 81 del 1993 relativa alle elezioni comunali e provinciali e, applicando il principio di illegittimità costituzionale consequenziale, altre misure elettorali di favore tra cui l'art. 1 della l. n. 277 del 1993 relativa alla disciplina elettorale della Camera dei deputati prima dell'introduzione dell'attuale legge elettorale. Sebbene entrambe le disposizioni fossero riconducibili a misure di favore, le diverse modalità operative erano destinate a incidere in modo assai differente sul meccanismo elettorale. Infatti nel caso della disciplina relativa alle elezioni comunali e provinciali la c.d. quota di lista non

che la disposizione impugnata possa garantire un risultato elettorale alle candidate di sesso femminile, ma può solo promuovere una azione antidiscriminatoria e non può incidere, per la dinamica con cui opera, sui requisiti di eleggibilità o candidabilità dei cittadini. Inoltre, in una pronuncia successiva, che ha avuto il merito di superare le non poche contraddizioni e gli equivoci³ alimentati dalla sentenza n. 422 del 1995⁴, la Corte (sent. n. 49 del 2003)⁵ pone come «doverosa azione» quella di promuovere la parità di accesso alle consultazioni elettorali anche in sintonia con il mutato quadro normativo⁶. Proprio mentre veniva pronunciata la sentenza n. 49 giungeva a compimento la riforma dell'art. 51 Cost. (L. cost. n. 1 del 2003) sulla cui effettiva utilità la dottrina si è interrogata esprimendo opinioni diverse. La risposta passa attraverso la delicata tematica del principio di uguaglianza ed, in particolare, al modo di intendere il rapporto tra il I e il II comma dell'art. 3 Cost. Non potendo, in questa sede, neppure riferire sui termini della complessa tematica⁷, è sufficiente dire che, per coloro i quali

garantiva affatto il risultato, ma imponeva solo la presenza, in una certa percentuale, di uomini e di donne, nelle liste elettorali. Inoltre la stessa formulazione della disposizione in forma neutra (nessuno dei due sessi può essere rappresentato...) poteva incidere sulla candidabilità, ma di sicuro nessun effetto sortiva sul piano della eleggibilità. Diverso il caso della disciplina elettorale di Camera dei deputati in cui l'alternanza obbligatoria di rappresentanti dei due sessi nelle liste concorrenti per il recupero proporzionale con il metodo della lista bloccata (e quindi senza che l'elettore potesse esprimere una preferenza) poteva incidere anche sul risultato in quanto se ad una lista erano assegnati due seggi, uno era certamente attribuito al rappresentante di sesso femminile. Non quindi semplicemente "norma promozionale", ma misura ricadente in qualche modo nell'alveo della eleggibilità con i conseguenti problemi sul piano costituzionale relativi alla compatibilità con il principio di uguaglianza e con il concetto moderno di rappresentanza politica.

³ Sulla sentenza n. 49 del 2003 come la fine di un equivoco alimentato dalla sentenza del 1995 n. 422 v. L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 364 e ss.

⁴ Tra i numerosi commenti alla sentenza n. 422 del 1995 v. U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3268 e ss.; G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa della illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, *ivi*, p. 3272 e ss.; G. CINANNI, *Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, *ivi*, 3282 e ss.; A. PIZZORUSSO, E. ROSSI, *Le azioni positive in materia elettorale*, in B. BECCALLI, (a cura di), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 199, 169 e ss.

⁵ Tra i commenti v. G. BRUNELLI, *Un overruling in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, in *Le Regioni*, 2003, n. 5, p. 902 e ss.; A. DEFFENU, *Parità tra i sessi in politica e controllo della Corte: un revirement circondato da limiti e precauzioni*, *ivi*, 918 e ss.; L. CALIFANO, *Corte e Parlamento in sintonia sulle «pari opportunità»*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 366 e ss.; I. NICOTRA, *La legge della Valle D'Aosta sulla «parità» passa indenne l'esame della Corte*, *ivi*, p. 367 e ss.; S. MABELLINI, *Equilibrio dei sessi e rappresentanza politica: un revirement della Corte*, *ivi*, p. 372 e ss.

⁶ Il riferimento riguarda in particolare il novellato art. 117 Cost., ma quando la pronuncia n. 49 del 2003 viene depositata la riforma dell'art. 51 Cost. è solo in dirittura d'arrivo.

⁷ V. fra gli altri L. FERRAJUOLI, *Differenza di genere e garanzie di uguaglianza*, in F. Bimbi, A. Del Re, (cura di) *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Torino, 1997, p. 93 e ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1996, p. 577 e ss.

ritengono che uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale siano facce della stessa medaglia che si completano reciprocamente, la modifica in oggetto non sarebbe stata necessaria ed anzi addirittura dannosa⁸. Viceversa per chi ritiene che, nel caso di specie, il rapporto tra i due aspetti della rappresentanza dia luogo ad una «rottura, alla vigenza simultanea di due norme reciprocamente conflittuali»⁹, la riforma costituzionale dell'art. 51 Cost. non sarebbe solo utile, ma anche necessaria in quanto renderebbe lecito ciò che prima era illecito¹⁰.

Pronunciarsi sul punto non è semplice perché, se da un lato, si potrebbe dire che la modifica costituzionale in oggetto non era necessaria, dall'altro non mi sentirei di sostenerne l'assoluta inutilità non foss'altro perché dinanzi al mutato quadro costituzionale una sentenza come quella del 1995 non sarebbe stata pronunciata. Non quindi mere «grida manzoniane», ma neppure incisivi effetti concreti¹¹. Infatti, la formulazione assai blanda del comma introdotto nell'art. 51 Cost. «La Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra uomini e donne» consente, ma non impone misure idonee a consentire ad entrambi i sessi di partecipare alle consultazioni elettorali e di accedere agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza¹².

La cornice teorica che fa da sfondo alla pronuncia in commento è quella della categoria concettuale della «rappresentanza politica di genere» in cui l'aggiunta della specificazione «di genere» non vuol rimandare al rapporto che inter-

⁸ Su questa posizione v. L. GIANFORMAGGIO, *La promozione della parità d'accesso alle cariche elettive in Costituzione*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, (a cura di) R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi, Torino, 2003, p. 78 che sostiene quanto sia dannosa una revisione costituzionale quando non è necessaria perché contribuisce a «desacralizzare» il testo della Costituzione. L'A. ritiene inoltre l'inutilità di questa riforma che non aggiungerebbe nulla al combinato disposto dell'art. 51 e dell'art. 3 commi I e II Cost.: dalla prima disposizione si ricava che uomini e donne devono poter accedere alle cariche elettive e quindi devono essere presenti nelle liste elettorali (che è una preconditione) in posizione di uguaglianza secondo i requisiti stabiliti dalla legge, dalla seconda disposizione consegue che debbano essere posti in essere provvedimenti tendenti a garantire l'eleggibilità di uomini e donne. Sempre sulla non necessità di tale riforma v. pure L. CARLASSARE, *Considerazioni conclusive*, *ivi*, p. 245 e ss.; R. BIN, *Donne e autoreferenzialità in politica*, *ivi*, p. 40 e ss.

⁹ Così M. AINIS, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi effetti nell'ordinamento*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, *cit.*, p. 35.

¹⁰ Per questa posizione v. M. AINIS, *op. ult. cit.*, p. 34 e ss. L'A. sostiene, infatti, che in materia elettorale, l'azione positiva fosse preclusa dal dato testuale (prima della riforma dell'art. 51) in quanto la Costituzione nel porre la regola (uguaglianza formale) e la sua eccezione (uguaglianza sostanziale) ribadiva la stessa regola all'art. 48 Cost. relativo all'elettorato e all'art. 51 relativo all'elettorato passivo. Sull'utilità della riforma dell'art. 51 Cost. v. pure G. BRUNELLI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, *ivi*, p. 21 e ss.

¹¹ Sul punto mi si consenta di rimandare a A. SCIORTINO, *Sulla identità politica di genere*, in *Percorsi costituzionali*, 23/2008, p. 243 e ss.

¹² Sulle ragioni per le quali nell'ordinamento giuridico spagnolo non sia necessaria una modifica costituzionale in tal senso attesa la formulazione dell'art. 9.2 CE v. pure F. BALAGUER CALLEJÓN (Coordinador), *Manual de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2009, vol. II, p. 100 e ss., spec. p. 102.

corre tra «*genus*» e «*species*» in quanto non si tratta di rappresentare una porzione del corpo elettorale. Infatti, la rappresentanza politica è un concetto neutro, slegato dal sesso anche se storicamente la sua evoluzione conosce dei periodi in cui il rappresentante appartiene esclusivamente al genere maschile in quanto alle donne non veniva riconosciuta alcuna soggettività giuridica né capacità elettorale né tanto meno godevano dell'elettorato passivo¹³.

Nel corredo delle motivazioni della pronuncia in commento non vi è neppure un richiamo ad un argomento, molto fragile eppure utilizzato dal giudice costituzionale del 1995 (n. 422) relativo alla presunta incompatibilità della rappresentanza politica «di genere» con i caratteri propri della rappresentanza politica *tout court* indicati nella generalità ed universalità, che quindi per sua natura deve rimanere impermeabile a pretese particolaristiche di gruppi o categorie riconducibili in varia misura a «minoranze» svantaggiate. Se così fosse la specificazione riferita al genere costituirebbe già un'aporia in quanto il rappresentante deve rappresentare tutti e non gli interessi di una parte. Il problema del riequilibrio di genere nella rappresentanza politica non può essere messo sullo stesso piano di quello relativo alla rappresentanza di minoranze o gruppi linguistici, etnici, religiosi e così via: si tratterebbe di un paragone ontologicamente impossibile e di un equivoco concettuale, in quanto ognuno di questi è portatore di bisogni e interessi che trovano origine e giustificazione nella propria diversità. Lo stesso non si può sostenere per il genere femminile. In quest'ultimo caso, infatti, non si tratta di «rappresentare» le donne o di farsi rappresentare dalle donne in quanto portatrici di interessi femminili diversi da quelli degli uomini. E ciò per varie ragioni. In primo luogo non credo che ci siano interessi «propri» delle donne o da queste generalmente condivisi ed, in secondo luogo, anche se ci fossero, non è detto che sarebbero meglio rappresentati dalle donne. Ritengo, di contro, che percorsi argomentativi che intendano far leva sulla debolezza della categoria femminile siano poco conducenti e che debbano essere preferiti quelli che si riversano sul terreno della partecipazione democratica di tutti (uomini e donne) a cui è strettamente connessa la stessa qualità della rappresentanza politica. La presenza delle donne nelle istituzioni politiche, in generale, non è solo necessaria, ma anche non negoziabile, partendo dal presupposto dell'uguaglianza del genere umano in quanto tale ed, in particolare, sotto il profilo della rappresentanza politica, è l'unica strada percorribile per evitare una rappresentazione falsata della realtà. Di conseguenza,

¹³ Si trattava peraltro di un periodo storico in cui lo stesso istituto della rappresentanza politica era applicato in modo embrionale in quanto ad essere rappresentata era solo una frazione assai limitata ed omogenea della società civile. In Parlamento la sintesi politica fra i vari interessi era molto semplice perché ad essere rappresentati erano gli interessi e i bisogni di una società fondamentalmente monoclasse come quella liberale dell'ottocento che escludeva il proletariato dalle istituzioni politiche anche attraverso la limitazione del diritto di voto. In Italia bisognerà attendere, come è noto, il referendum avente ad oggetto la modifica della forma di Stato per il suffragio elettorale universale.

l'argomento circa l'assimilabilità dell'identità del genere femminile a gruppi minoritari che rivendicano un riconoscimento in ragione della propria diversità in quanto portatori di interessi diversi, come accade per quei gruppi sopracitati, è assolutamente fuorviante. Solo in quest'ultima ipotesi avrebbe fondamento l'obiezione relativa alle derive particolaristiche potenzialmente illimitate che si aprirebbero sul fronte della rappresentanza politica, di contro in questo caso si tratterebbe di rendere qualitativamente migliore il circuito rappresentativo¹⁴.

3. *Sotto-rappresentanza del genere femminile e arretratezza culturale: un riferimento significativo.*

Infine, a mio avviso, è apprezzabile il riferimento che la sentenza contiene circa il dato relativo alla «storica sotto-rappresentanza» del genere femminile nei circuiti decisionali importanti ed in particolare nelle assemblee elettive nazionali e locali. Infatti la tematica del riequilibrio del genere femminile nella rappresentanza politica sconta, per molti versi, l'arretratezza culturale dei partiti politici che, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, potrebbero prevedere misure volte a perseguire l'effettiva presenza paritaria femminile nelle cariche rappresentative a cominciare dai criteri di selezione delle candidature¹⁵. Ma in assenza di una autodisciplina in tal senso da parte dei partiti fino a che punto potrebbero essere considerate legittime misure legislative che limitano la libertà degli attori politici? Una risposta coerente con il dettato costituzionale non può che essere il frutto di un'opera di bilanciamento tra la libertà politica e le pari opportunità dei due sessi nella rappresentanza politica. In altre parole, misure legislative vincolanti rispetto alle scelte di chi forma le liste (partiti) e limitanti la loro autonomia politica devono essere proporzionate nella misura in cui ciò sia necessario per soddisfare un diritto altrettanto fondamentale quale quello del paritario accesso dei due sessi alle cariche elettive. In tale bilanciamento appare significativo il mutato quadro costituzionale relativo alle finalità promozionali volte a garantire la parità di accesso alle consultazioni elettorali.

¹⁴ La parità di accesso alle cariche elettive rappresenta «un obiettivo da raggiungere, in genere un miglioramento in qualche aspetto della vita della comunità». Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 90.

¹⁵ Quello della scelta delle candidature costituisce un momento assai delicato: lasciarlo solo alla libera determinazione dei partiti è una questione su cui vale la pena di riflettere. Sul punto già Mortati riteneva fondamentale risolvere «il problema relativo al modo dell'assolvimento di tale funzione pubblica di scelta dei candidati ad opera dei partiti, che è attualmente affidata all'arbitrio più assoluto»; da ultimo v. pure A. BARBERA, *La democrazia "dei" partiti e "nei" partiti tra rappresentanza e governabilità*, in www.forumcostituzionale.it, che sottolinea come l'art. 49 Cost., nel tutelare la partecipazione dei cittadini per concorrere alla determinazione della politica nazionale, tuteli anche la partecipazione a decisioni pubbliche come la presentazione delle candidature.

Osservatorio parlamentare regionale

Osservatorio parlamentare regionale n. 1/2010

a cura del Servizio studi e affari europei dell'Assemblea regionale siciliana

La collaborazione dell'Assemblea regionale siciliana con la rivista Nuove Autonomie ha consentito, nell'anno 2009, di osservare i temi e le problematiche affrontate nel corso dell'attività dell'Assemblea regionale.

In particolare, l'osservatorio è stato strutturato in due parti: una prima, a cura del Servizio Studi e affari europei, volta ad esaminare, sotto il profilo quantitativo e contenutistico, i provvedimenti legislativi approvati dall'Assemblea nel lasso di tempo preso in considerazione; la seconda, curata dal Servizio Lavori d'Aula, relativa all'attività ispettiva e di indirizzo politico dell'Assemblea stessa.

Al fine di arricchire la sezione dedicata all'Osservatorio parlamentare, abbiamo voluto inserire brevi note di lettura o approfondimenti, privilegiando gli aspetti collegati ad eventuali criticità o peculiarità proprie delle materie esaminate, anche con riferimento alla competenza regionale, all'esercizio delle prerogative autonomistiche, al rapporto con le competenze dello Stato.

Sono stati selezionati argomenti ritenuti di particolare importanza o rilievo istituzionale o di maggiore attualità.

Si rinvia al sito dell'Assemblea www.ars.sicilia.it per gli approfondimenti sui contenuti e sul percorso procedurale nonché sul dibattito relativo alle leggi ed agli altri atti presi in esame.

ATTIVITÀ LEGISLATIVA

a cura del SERVIZIO STUDI E AFFARI EUROPEI
DELL'ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA

Leggi ed atti normativi approvati dal 30 novembre 2009 al 31 marzo 2010

Decreto presidenziale 5 dicembre 2009, n. 12, GURS n. 59 del 21 dicembre 2009, n. 59.

“Regolamento di attuazione del titolo II della legge regionale 16 dicembre 2008, n. 19, recante norme per la riorganizzazione dei Dipartimenti regionali. Ordinamento del Governo e dell'Amministrazione della Regione”.

Con il regolamento in esame si provvede a definire le funzioni e i compiti dei Dipartimenti regionali e l'articolazione delle relative strutture intermedie, aree e servizi, in coerenza con il nuovo assetto dell'Amministrazione regionale stabilito dalla l.r. 19 del 2008, che ne prevede l'applicazione a decorrere dall'1 gennaio 2010. Nel regolamento di attuazione si istituisce un Comitato tecnico coordinato dal Presidente della Regione o da un Assessore regionale a tal uopo delegato, con il compito di fornire indicazioni operative ai Dirigenti generali per la concreta realizzazione del nuovo assetto dell'Amministrazione. Si stabilisce che presso ciascun Assessorato regionale operi un Servizio del Dipartimento regionale della funzione pubblica, preposto alla gestione giuridica ed economica del personale dell'Assessorato di riferimento. I contratti dei Dirigenti generali si intendono risolti alla data dell'1 gennaio 2010, mentre i nuovi dirigenti, da nominare con le modalità previste dalla l. r. n. 10 del 2000, provvederanno a loro volta al conferimento degli ulteriori incarichi dirigenziali. Si fissa al 30 aprile 2010 il termine per completare il trasferimento delle funzioni e delle attribuzioni delle strutture intermedie esistenti. Si stabiliscono norme transitorie al fine di evitare soluzioni di continuità nell'attività dell'Amministrazione regionale.

Fra le novità più salienti della riforma si segnala la creazione dell'Assessorato regionale delle attività produttive e dell'omonimo dipartimento, dell'Assessorato dell'economia, la cui struttura si articola nel Dipartimento del bilancio e del tesoro-Ragioneria generale della Regione e nel Dipartimento delle finanze e del credito. È, altresì istituito l'Assessorato dell'energia e dei servizi di pubblica utilità, costituito da un Dipartimento dell'acqua e dei rifiuti e in un Dipartimento dell'energia. L'Assessorato delle autonomie locali e della funzione pubblica viene scorporato da quello della famiglia, delle politiche sociali e del lavoro, ed articolato nel Dipartimento della funzione pubblica e del personale e in quello delle autonomie locali. Nasce anche l'Assessorato dell'istruzione e della formazione professionale, le cui funzioni vengono distinte da quelle del nuovo Assessorato dei beni culturali e dell'identità siciliana; entrambi gli assessorati sono strutturati in un omonimo dipartimento. L'Assessorato della salute presenta una struttura più snella del precedente Assessorato della sanità, essendo articolato in due soli dipartimenti, mentre nell'Assessorato del territorio e dell'ambiente confluisce il Comando del corpo forestale della Regione siciliana. Di nuova istituzione è anche l'Assessorato delle infrastrutture e della mobilità, al cui interno opera un solo dipartimento, che sottrae funzioni al vecchio Assessorato del turismo delle comunicazioni e dei trasporti, ora trasformato in Assessorato del turismo, dello sport e dello spettacolo.

Legge 29 dicembre 2009, n. 13

Pubblicata nella GURS n. 61 del 31 dicembre 2009

Interventi finanziari urgenti per l'anno 2009 e disposizioni per l'occupazione. Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2010

DDL n. 499 (iniziativa governativa)

Legge di bilancio

Art. 1

Proroghe dei contratti di personale a tempo determinato

La norma proroga i contratti di lavoro del personale impiegato in vari uffici ed enti regionali. In particolare, le proroghe riguardano il dipartimento regionale della protezione civile, i dipendenti di consorzi bonifica e di bonifica montana, i lavoratori socialmente utili, i contratti stipulati dal Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia, il dipartimento regionale per le acque i rifiuti e il dipartimento regionale dell'ambiente.

Si prorogano altresì i progetti attuativi degli sportelli multifunzionali relativi ai servizi per l'impiego e per la formazione professionale.

Art. 2

Proroghe del personale CEFPAS

Si consente di prorogare sino al 31 dicembre 2010 i contratti di lavoro del personale, selezionato con procedure di evidenza pubblica, del Centro per la formazione permanente e l'aggiornamento del personale del servizio sanitario (CEFPAS).

Art. 3

Articolo impugnato dal Commissario dello Stato

Norme in materia di contratti di personale dell'ARPA L'art. 3 riguarda la proroga sino al 31 marzo 2010 dei contratti di lavoro a tempo determinato del personale dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente (ARPA) selezionato con procedura di evidenza pubblica.

La disposizione è stata impugnata ai sensi dell'art. 28 St. Reg. Sic. dal Commissario dello Stato per violazione degli artt. 3, 51, 97 e 117, comma 2° lett. D) Cost. Il Commissario non ha ravvisato, infatti, sufficienti motivi di pubblico interesse tali da giustificare una deroga al principio dell'accesso per concorso agli uffici pubblici.

Art. 4

Operazioni connesse alla chiusura del POR 2000-2006

Si prevede che, in relazione alla chiusura del Programma operativo regionale 2000-2006, le somme "impegnate e non pagate al 30 giugno 2009 e vigenti al 30 settembre 2009", per le quali non corrispondano obbligazioni giuridica-

mente vincolanti, siano eliminate dalle scritture contabili e dal conto del patrimonio della Regione dell'esercizio finanziario 2009.

La disposizione si riferisce alle somme per le quali sia stato emesso un decreto di impegno di spesa ma non un decreto di pagamento e per le quali, alla data del 30 settembre 2009, non si stata effettuata già, con norma, una rimodulazione di spesa.

Le amministrazioni regionali possono comunque disporre il mantenimento degli impegni cui corrispondano obbligazioni giuridicamente perfezionate.

Si stabilisce che le risorse così liberate, nonché quelle liberatesi sugli assi del POR Sicilia Fondo sociale europeo, siano destinate al finanziamento del piano formativo regionale 2010.

Art. 5

Contributo straordinario all'Ente autonomo Fiera del Mediterraneo di Palermo

Si autorizza l'Assessorato regionale della cooperazione, del commercio, dell'artigianato e della pesca ad erogare un contributo straordinario di 300.000 euro in favore dell'Ente autonomo Fiera del Mediterraneo di Palermo finalizzato al pagamento di salari, stipendi, competenze ed oneri accessori del personale in servizio a partire dal 31 dicembre 2008.

Art. 6

Modifiche alla Tabella G allegata alla legge regionale 14 maggio 2009, n. 6

Si destinano risorse aggiuntive all'U.P.B. 7.3.2.6.1. contenuta nella Tabella G allegata alla legge finanziaria regionale per l'anno 2009.

Art. 7

Variazioni allo stato di previsione della spesa del bilancio della Regione

Per l'esercizio finanziario 2009, nello stato di previsione della spesa del bilancio della Regione, sono introdotte le variazioni di cui alla tabella B allegata alla legge in commento. In particolare, le predette variazioni costituiscono incrementi o diminuzioni di talune spese riguardanti i dipartimenti regionali del personale, degli interventi infrastrutturali, delle foreste, del bilancio e del tesoro e altresì l'Agenzia regionale per l'impiego e la formazione professionale.

Art. 8

Variazioni allo stato di previsione della spesa del bilancio della regione

Per l'esercizio finanziario 2009, nello stato di previsione della spesa del bilancio della Regione, sono introdotte le variazioni indicate nella tabella C allegata alla legge in commento e discendenti dalle disposizioni di cui agli articoli 5, 6 e 9.

Art. 9

Modifiche all'articolo 17 della legge regionale 14 maggio 2009, n. 6, in materia di credito agrario

L'art. 9 modifica l'art. 17 della legge finanziaria regionale per il 2009 al fine di includere nel regime di aiuto ivi delineato la concessione, alle cooperative di lavorazione, trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli, del concorso nel pagamento degli interessi sul tasso di riferimento sui prestiti agrari per anticipo ai soci conferenti.

Art. 10

Modifiche all'articolo 18 della legge regionale 14 maggio 2009, n. 6, in materia di consolidamento di passività onerose in agricoltura

L'art. 10 sostituisce l'art. 18 della legge finanziaria regionale per il 2009 istituendo un diverso regime di aiuti a favore delle imprese agricole, singole e associate. In particolare, si prevede che possano essere concessi contributi in conto interessi su finanziamenti di durata almeno decennale, di cui almeno uno di preammortamento, contratti per il pagamento delle rate delle operazioni di credito agrario di esercizio e di miglioramento, comprese quelle scadute e non pagate, già prorogate o in corso di proroga, poste in essere alla data di entrata in vigore dell'articolo in commento e con scadenza entro il 30 giugno 2010; possono essere concessi altresì contributi in conto capitale o finanziamenti agevolati finalizzati all'aumento del capitale sociale.

Art. 11

Interventi in favore dell'ESA

Si stabilisce che, per il triennio 2008-2010, l'Ente di sviluppo agricolo non è tenuto a provvedere alla riorganizzazione del servizio di meccanizzazione agricola e alla revisione delle relative tariffe in modo da assicurare entro un biennio la copertura minima del 40 per cento della spesa.

Art. 12

Norme in materia di politiche del lavoro

Si autorizza il dirigente generale dell'Agenzia regionale per l'impiego e la formazione professionale a finanziare progetti nell'ambito delle politiche attive del lavoro in contesti di particolare degrado sociale e occupazionale.

Art. 13

Norme in materia di valutazione ambientale strategica

Apportando una modifica all'art. 59 l.r. 14 maggio 2009, n. 6, si prevede che i piani e i programmi, nonché le loro varianti, individuati all'art. 6, commi 2, 3 e 3-bis d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente), le cui direttive siano state deliberate dal consiglio comunale prima del 31 luglio 2007, non siano

assoggettati alle norme sulla valutazione ambientale strategica, ma alla previgente normativa regionale in materia di urbanistica e di valutazione ambientale.

Art. 14

Esercizio provvisorio del bilancio della Regione

Si autorizza il Governo della Regione all'esercizio provvisorio, fino a quando non sarà approvato il bilancio regionale per l'anno finanziario 2010, e comunque non oltre il 31 marzo 2010, del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2010 secondo gli stati di previsione dell'entrata e della spesa ed il relativo disegno di legge, nonché le note di variazioni, presentati all'Assemblea regionale siciliana.

Art. 15

Trasporto ordini di accreditamento

L'art. 15 introduce modifiche alla legge regionale 8 luglio 1977, n. 47 (Norme in materia di bilancio e contabilità della Regione Siciliana) ed in particolare all'art. 13 che riguarda le aperture di credito ovvero i casi in cui l'Amministrazione regionale può disporre il pagamento delle spese mediante l'emissione di ordini di accreditamento.

A seguito delle predette modifiche, gli ordini di accreditamento riguardanti spese correnti, emessi in conto competenza e rimasti in tutto o in parte inestinti alla chiusura dell'esercizio finanziario, non possono essere "trasportati" all'esercizio successivo (comma 5); inoltre gli ordini di accreditamento riguardanti spese in conto capitale, rimasti in tutto o in parte inestinti alla chiusura dell'esercizio, non possono essere "trasportati" d'ufficio (comma 6).

Si aggiunge altresì il comma il 6-bis che dispone che ove necessario, e sempre che gli impegni cui si riferiscano non debbano essere eliminati alla chiusura dell'esercizio, a norma del comma 4 dell'art. 12, gli ordini di accreditamento di cui ai commi 5 e 6 possono essere riemessi nell'esercizio finanziario successivo.

Art. 16

Effetti della manovra

Si rinvia al prospetto allegato alla legge ai fini dell'indicazione degli effetti della manovra finanziaria e della relativa copertura derivanti dalle disposizioni in commento.

Art. 17

Abrogazioni e modifiche di norme

Si abroga la norma della finanziaria regionale per il 2009 che escludeva le somme relative alle misure di stabilizzazione dei precari ex lavoratori socialmente utili dal computo delle spese correnti soggette al vincolo del patto di stabilità e della base di calcolo delle spese per il personale.

Si abroga la norma che consentiva all'Amministrazione regionale di disporre il pagamento delle spese mediante l'emissione di ordini di accreditamento, senza limiti di importo, per i casi di competenze fisse ed accessorie al personale in servizio presso gli uffici periferici della Regione.

Si posticipa di un anno l'introduzione della contabilità economico-patrimoniale in aggiunta alla contabilità finanziaria in tutti i dipartimenti regionali e nelle strutture equiparate.

Si prevede, nel caso di liquidazione e cessazione dell'attività dell'Ente acquedotti siciliani, che il relativo personale, oltre ad essere trasferito, possa essere comandato negli uffici della Regione e degli enti pubblici non economici sottoposti a vigilanza e/o controllo della Regione, facendo salvi i diritti acquisiti e con il mantenimento dello *status* posseduto.

Art. 18

Entrata in vigore

Si prevede che la legge entrerà in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione ad eccezione di talune disposizioni che si applicheranno a partire dall'1 gennaio 2010 e segnatamente le previsioni di cui agli artt. 1, 2, 3 e 4 nonché la disciplina sull'esercizio provvisorio.

Legge 15 febbraio 2010, n. 1

GURS n. 8 del 9 febbraio 2010

Istituzione delle unità operative delle professioni sanitarie

DDL n. 151 (iniziativa governativa)

Legge di settore

Si prevede che le aziende del Servizio sanitario regionale, con l'atto aziendale di cui all'art. 9 della l.r. 14 aprile 2009, n. 5, istituiscano in seno alla direzione aziendale, quali strutture di *staff*, unità operative per le seguenti professioni sanitarie: a) infermieristiche ed ostetriche; b) di riabilitazione; c) tecnico-sanitarie; d) di prevenzione, vigilanza, ispezione; e) del servizio sociale professionale.

Un apposito decreto dell'Assessore regionale per la salute stabilirà i criteri nel cui rispetto le unità operative, preposte anzitutto a curare l'espletamento delle funzioni dei relativi profili professionali, potranno altresì partecipare alla programmazione, direzione e gestione delle risorse umane delle rispettive aziende.

Per la definizione della procedura concorsuale e dei requisiti per l'accesso alla qualifica unica di dirigente delle professioni sanitarie e della professione di assistente sociale si rinvia alla normativa vigente; per le modalità di conferimento dell'incarico di direzione dell'unità operativa delle professioni sanitarie e del servizio sociale professionale si richiamano le vigenti disposizioni normative e contrattuali in materia di conferimento di incarichi di struttura e dirigenti del

ruolo sanitario e del profilo degli assistenti sociali. Si precisa che, nelle more dell'espletamento delle procedure selettive, il conferimento temporaneo dell'incarico di direzione avviene nel rispetto della normativa vigente in materia di conferimento di incarichi dirigenziali.

Legge 23 febbraio 2010, n. 2

GURS n. 9 del 26 febbraio 2010

Misure per il reinserimento lavorativo dei lavoratori che hanno superato i cinquanta anni di età. Norme in materia di aiuti al lavoro

DDL n. 467 (iniziativa parlamentare)

Legge di manutenzione normativa

Si apportano modifiche all'art. 36 della legge regionale 6 agosto 2009, n. 9 "Norme in materia di aiuti alle imprese", nel quale sono previsti incentivi agli imprenditori che assumano talune categorie di soggetti svantaggiati o disabili individuate nel comma 1 del medesimo articolo. Si prevede in particolare (art. 1) che le risorse destinate al finanziamento dei relativi interventi siano prioritariamente destinate a favorire l'assunzione a tempo indeterminato di soggetti residenti nella Regione che abbiano superato i cinquanta anni di età e che siano disoccupati da almeno sei mesi e da non più di dieci anni.

Più in generale, si precisa (art. 2) che tra le assunzioni a tempo indeterminato agevolate rientrano anche le trasformazioni a tempo indeterminato pieno o parziale dei contratti di lavoro previsti dall'art. 36, comma 2 della l.r. 9/2009, purché applicate nei confronti dei soggetti rientranti nelle categorie di cui al predetto art. 36, comma 1 della stessa legge.

Legge 26 febbraio 2010, n. 3

GURS n. 10 del 1° marzo 2010

Disciplina dell'agriturismo in Sicilia

DDL n. 337 (iniziativa governativa)

Legge di settore

Con la legge in esame si riforma la disciplina regionale dell'agriturismo abrogando la precedente legge-quadro (legge regionale 9 giugno 1994, n. 25).

Rispetto alla normativa previgente, si riscontra una maggiore aderenza rispetto a quanto previsto dalla legge statale sull'agriturismo (legge 20 febbraio 2006, n. 96) e si definiscono in maniera più puntuale le attività agrituristiche, nonché i relativi criteri e limiti. In particolare, si stabilisce che le attività agrituristiche debbano essere effettuate in rapporto di connessione con l'attività agricola la quale comunque rimane prevalente; sono individuati quindi i criteri per la valutazione di tale prevalenza.

Si prevede che le attività di somministrazione di cibi e bevande e le degustazioni debbano essere finalizzate principalmente alla valorizzazione dei prodotti aziendali propri e dei prodotti tradizionali, biologici e regionali con marchio DOP, IGP, IGT, DOC e DOCG e che i menù proposti debbano essere comunque coerenti con le tradizioni gastronomiche del comprensorio rurale in cui è situata l'azienda agrituristica.

Circa i locali presso cui effettuare la attività agrituristiche, questi devono essere già esistenti nel fondo a servizio dell'azienda agricola da almeno trentasei mesi al momento della richiesta di rilascio del certificato di abilitazione.

Per quanto concerne la disciplina amministrativa, l'esercizio dell'attività agrituristica è subordinato all'acquisizione di un certificato di abilitazione rilasciato dall'Assessorato regionale delle risorse agricole e alimentari. L'*iter* autorizzativo è poi incentrato sulla comunicazione di inizio attività da inoltrare al comune competente.

La legge in commento è stata promulgata senza le parti impugnate dal Commissario dello Stato. In particolare, sono state oggetto di censura le disposizioni che attribuivano all'Assessore regionale per le risorse agricole e alimentari l'emanazione di talune disposizioni applicative della legge attraverso apposito decreto.

Preliminarmente, il ricorso del Commissario dello Stato prospetta una qualificazione di tale decreto quale regolamento di natura sostanzialmente normativa posto che le emanande disposizioni applicative delle legge presenterebbero i caratteri dell'astrattezza, generalità, indeterminatezza e ripetibilità.

Si ipotizza quindi una violazione dell'art. 12 c. 4 St. Reg. Sic., che attribuisce al governo regionale nel suo complesso, e quale organo collegiale, la competenza ad adottare i regolamenti di esecuzione delle leggi. Le disposizioni in questione inoltre contrasterebbero anche con le norme di attuazione del medesimo Statuto, che attribuiscono la funzione regolamentare esclusivamente al Presidente della Regione e che prevedono per i regolamenti la deliberazione della Giunta di Governo, nonché la previa acquisizione del parere obbligatorio del Consiglio di Giustizia amministrativa e il controllo di legittimità della Corte dei conti.

Legge 2 marzo 2010, n. 4

GURS n. 11 del 5 marzo 2010

Nuovo ordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura

DDL n. 270 (iniziativa parlamentare)

Legge di settore (riordino)

Con la legge regionale in esame si è proceduto a riformare la disciplina

della camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura attraverso un rinvio dinamico alla legislazione statale in materia e segnatamente alla legge 29 dicembre 1993, n. 580. Si rinvia dunque anche alle successive modifiche e integrazioni della predetta legge nazionale ed inoltre si specifica che troveranno applicazione anche nella Regione le disposizioni transitorie e finali del decreto legislativo emanato ai sensi dell'art. 53 l. 23 luglio 2009, n. 99. Il citato articolo, infatti, contiene la delega al Governo per la riforma delle camere di commercio. Tale decreto legislativo è stato poi emanato il 15 febbraio 2010 (d.lgs. n. 23/2010).

La previgente normativa regionale sulle camere di commercio ovvero la l.r. 4 aprile 1995, n. 29 è in parte abrogata. Invero, il legislatore regionale si è riservato la disciplina di taluni aspetti e lo ha fatto adottando due diverse tecniche legislative. La prima tecnica si è risolta nel mantenere in vigore taluni articoli della l.r. 29/1995, apportandovi tuttavia alcune modifiche; con la seconda tecnica, di contro, si è intervenuto sulle disposizioni statali introducendole nell'ordinamento regionale con alcune varianti.

Il mantenimento di ambiti di disciplina regionale è stato necessario con riferimento alla tutela ed alla vigilanza sulle camere di commercio, poiché le relative funzioni sono attribuite all'Amministrazione regionale dalle norme di attuazione dello Statuto le quali, come è noto, non possono essere derogate con legge regionale. Un rinvio *sic et simpliciter* alle disposizioni statali invece avrebbe comportato lo spostamento delle suddette funzioni in capo allo Stato.

In particolare, l'art. 2 della legge in commento attribuisce all'Assessorato regionale delle attività produttive l'esercizio della vigilanza sul sistema camerale in relazione ai bilanci, all'attività amministrativa e contabile, al funzionamento degli organi e allo svolgimento dei compiti di interesse generale. Al Presidente della Regione è poi demandata l'individuazione delle norme inerenti alla gestione patrimoniale e finanziaria della camere di commercio.

L'art. 6 individua le cause e le procedure di scioglimento dei consigli delle camere di commercio attribuendo l'atto finale di scioglimento al Presidente della Regione. L'art. 7 riguarda la nomina e la carica del collegio dei revisori dei conti.

Le altre eccezioni rispetto alla normativa statale invece sono state dettate da valutazioni proprie del legislatore regionale. Sono rimasti in vigore quindi gli artt. 13, 19 ed il titolo IV della legge regionale 4 aprile 1995, n. 29 aventi ad oggetto principalmente i requisiti per la nomina e le cause ostative alla carica di membro del consiglio, lo stato giuridico ed il trattamento economico del personale e l'assegnazione di lotti nelle aree di sviluppo industriale.

Si è previsto altresì che, nell'ipotesi in cui nessun membro della Giunta sia eletto in rappresentanza del settore della pesca, essa debba essere integrata, con funzioni consultive, da un rappresentante di tale settore già facente parte del consiglio.

Delibera legislativa approvata a maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea recante: *Norme in materia di incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di componente del consiglio delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura*

GURS n. 11 del 5 marzo 2010

DDL n. 270/stralcio (iniziativa parlamentare)

Legge di manutenzione normativa

La delibera legislativa approvata il 18 febbraio scorso, attraverso una modifica all'art. 13 comma 2 della legge regionale 4 aprile 1995, n. 29 ("Norme sulle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e altre norme sul commercio") introduce l'incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di componente del consiglio delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Trattandosi di materia che, per la particolare importanza e delicatezza, lo Statuto assegna ad una legge statutaria ed, in particolare, a quella ricadente nell'ambito dell'art. 9 c. 3 (disciplina dei rapporti fra Governo ed Assemblea regionale, delle cause di incompatibilità tra la carica di assessore ed altre cariche etc.) St. Reg. Sic. stesso, la delibera legislativa è sottoposta ad uno specifico *iter* procedimentale. In particolare essa è stata approvata a maggioranza assoluta dei componenti l'Assemblea regionale siciliana e può inoltre essere sottoposta a referendum confermativo ai sensi dell'art. 17-*bis* St. Reg. Sic. nei tre mesi successivi alla sua approvazione. Dopo l'invio al Commissario dello Stato per l'esperimento del controllo di legittimità preventivo che ha dato esito positivo, se ne è curata la pubblicazione a soli fini notiziali nella Gazzetta ufficiale della Regione siciliana senza numero d'ordine e senza formula di promulgazione, in attesa che decorra il termine di 90 giorni previsto per l'eventuale richiesta di referendum, secondo il disposto della l.r. 14/2001, che ha disciplinato in Sicilia l'istituto del referendum confermativo, in attuazione del citato art. 17-*bis* St. Reg. Sic.

È proprio in ragione della particolare procedura richiesta dallo Statuto che si è ritenuto opportuno non inserire la norma in commento nel corpo della legge sulla riforma della camere di commercio, attivando un'apposita procedura di stralcio.

Legge 10 marzo 2010, n. 5

GURS n. 13 del 19 marzo 2010

Norma sulla proroga delle autorizzazioni dell'esercizio di cava e sull'aggiornamento dei piani regionali dei materiali da cava e del piano regionale dei materiali lapidei di pregio

DDL n. 133 (iniziativa parlamentare)

Legge di manutenzione normativa

La delibera legislativa "Norme sulla proroga delle autorizzazioni all'eserci-

zio di cava”, approvata dall’Assemblea regionale il 25 novembre 2008, è stata impugnata con ricorso del Commissario dello Stato pubblicato nella GURS n. 3 del 16 gennaio 2009. In particolare sono stati impugnati parzialmente gli articoli 1 e 3 della delibera sotto il profilo della violazione degli articoli 9, 11, 97 e 117 primo e secondo comma, lettere e) ed s) della Costituzione e dell’art. 14 dello Statuto.

A seguito della sentenza di accoglimento del ricorso, la delibera è stata promulgata senza le parti dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale e pubblicata come legge regionale n. 5 del 2010.

Il provvedimento legislativo prevede modifiche ed integrazioni alle vigenti leggi che disciplinano la coltivazione dei giacimenti minerari e delle cave nonché l’estrazione di materiali lapidei di pregio e, nell’attesa della definizione del piano regionale di materiali di cava previsto dall’articolo 4 della legge 9 dicembre 1980, n. 127, dispone la proroga di diritto delle autorizzazioni all’esercizio di cave per consentire il completamento dei relativi programmi di coltivazione. L’articolo 1 prevedeva che, in caso di mancato completamento del programma di coltivazione autorizzato, le autorizzazioni già rilasciate fossero tutte prorogate di diritto con termini variabili di durata e senza alcuna condizione, sino al completamento del programma medesimo, indipendentemente dall’estensione delle aree interessate e dall’eventuale regime vincolistico degli ambiti territoriali in cui le stesse ricadono.

Tale previsione è stata oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato, in quanto derogatoria rispetto alla direttiva comunitaria 27 giugno 1985 82/337/CEE, così come modificata dalle direttive 97/11/Ce e 2003/35/CE concernente la Valutazione di impatto ambientale di determinate opere. In particolare, il Commissario ha censurato la proroga di diritto poiché essa sottrae le autorizzazioni scadute o prossime alla scadenza, per le quali non sia stato completato il programma di coltivazione autorizzato, alla valutazione della pubblica amministrazione, ritenendo che esse andrebbero piuttosto soggette, ricorrendone i presupposti, alle procedure per il rinnovo, con conseguente valutazione degli interessi pubblici coinvolti e verifica preventiva delle situazioni vincolistiche e di assetto territoriale dei luoghi, eventualmente sopravvenute nel periodo di vigenza del provvedimento autorizzatorio originario. La norma si pone, inoltre, secondo l’impugnativa del Commissario, in conflitto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all’articolo 97 Cost., in quanto impedisce agli organi amministrativi competenti di svolgere un’adeguata istruttoria e di procedere alla ponderazione dei diversi interessi coesistenti, privilegiando invece la tutela di quelli economici del privato imprenditore, che potrebbe non avere completato il programma di coltivazione delle cave anche per propria negligenza.

L’articolo 3, comma, 2, stabiliva il venir meno della sanzione della esclusione per un periodo di dieci anni dalla possibilità di ottenere l’autorizzazione

all'attività estrattiva per coloro che avessero svolto attività di escavazione non autorizzata qualora ciò fosse avvenuto per "sconfinamento accidentale" rispetto al programma autorizzato, salvo i casi di recidiva. L'impugnativa all'articolo 3 si fondava, quindi, sul contrasto con l'art. 97 della Costituzione in quanto «la estrema genericità della fattispecie esimente la renderebbe applicabile, a prescindere dal danno ambientale arrecato, anche in casi di sconfinamento colposo ed ampio del giacimento autorizzato, per di più ingenerando dubbi e disparità applicative».

A seguito di detta impugnativa, l'iter legislativo è stato caratterizzato da uno scostamento rispetto alla prassi ormai quasi sempre adottata, della promulgazione della delibera legislativa con l'omissione delle parti impugnate (c.d. promulgazione parziale), con la conseguente estinzione del giudizio costituzionale per cessazione delle materia del contendere.

Si è deciso invece di costituirsi in giudizio al fine di resistere al ricorso.

In particolare, la Regione Siciliana ha sostenuto la legittimità costituzionale delle disposizioni impugnate osservando, con riferimento all'articolo 1, che esso «si pone come norma eccezionale, di efficacia temporale limitata, al fine di scongiurare il fermo delle attività estrattive che si verrebbe a determinare con lo scadere, a breve termine, delle autorizzazioni già rilasciate». Circa l'art. 3, comma 2, invece, si è rappresentato come il legislatore regionale, nell'ambito della propria discrezionalità, avrebbe inteso mitigare, in applicazione del principio di proporzionalità, la portata della sanzione prevista per il caso di esercizio non autorizzato della attività di escavazione, limitandone l'applicazione ai soli casi di recidiva.

Con la sentenza n. 67/2010, gli articoli 1 e 3, comma 2, della legge in commento sono stati dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale. Tali norme non sono state, pertanto, promulgate né pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Regione.

Con la legge regionale n. 5/2010, si è intervenuti sulla disciplina del piano regionale dei materiali da cava e del piano regionale dei materiali lapidei di pregio stabilendo che essi debbano essere aggiornati, contestualmente o separatamente, almeno ogni tre anni. La competenza all'aggiornamento dei piani è affidata all'Assessorato regionale dell'industria che la esercita sentiti il Consiglio regionale delle miniere, i comuni territorialmente interessati, le organizzazioni di categoria, i consorzi di settore e il distretto produttivo regionale dei lapidei di pregio. Gli aggiornamenti dei piani sono poi adottati con decreto dall'Assessore regionale per l'industria fatto salvo quanto previsto dal decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4, modificativo del decreto legislativo n. 152/2006 (c.d. codice dell'ambiente).

Si introduce la possibilità di effettuare opere di recupero ambientale, purché finalizzate anche alla divulgazione e preservazione dei valori ambientali tipici del territorio, nei siti già oggetto di attività estrattiva esauritasi prima del-

l'entrata in vigore della legge regionale 9 dicembre 1980, n. 127, ossia della vigente legge quadro in materia di cave, e nei siti autorizzati ai sensi dell'articolo 66 della predetta legge. Le suddette iniziative possono essere proposte dagli enti competenti per territorio e da associazioni pubbliche e private.

Si precisa infine che la mancata redazione da parte dei comuni dei progetti esecutivi delle opere di recupero ambientale nell'ambito dei bacini di materiali lapidei di pregio o la mancata approvazione degli stessi da parte dell'Assessorato regionale del territorio e ambiente non osti al rilascio di nuove autorizzazioni e all'ampliamento delle cave.

Legge 23 marzo 2010, n. 6

Pubblicata nella GURS n. 14 del 26 marzo 2010

Norme per il sostegno dell'attività edilizia e la riqualificazione del patrimonio edilizio

DDL n. 459 (iniziativa governativa), abbinato con i disegni di legge nn. 389, 209, 394, 404, di iniziativa parlamentare (iniziativa mista)

Legge di settore (riordino)

La legge regionale n. 6 del 23 marzo 2010 "Norme per il sostegno dell'attività edilizia e la riqualificazione del patrimonio edilizio" costituisce l'adeguamento ad un impegno assunto dalla Regione siciliana, così come da tutte le Regioni, in sede di Conferenza unificata al fine di favorire iniziative volte al rilancio dell'economia, di rispondere ai bisogni abitativi delle famiglie e di introdurre misure di semplificazione procedurali dell'attività edilizia.

In virtù, quindi, dell'accordo raggiunto tra il Governo, le Regioni e gli Enti locali in data 1 aprile 2009 è stata siglata un'Intesa, che ha dettato le linee direttive cui le Regioni devono ispirarsi, per favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il conseguimento di obiettivi comuni.

In forza di detta Intesa tutte le Regioni, sebbene in tempi diversi, hanno provveduto ad introdurre nel proprio territorio norme ispirate ai principi ivi contenuti. La Regione siciliana, nonostante sia stata tra le prime Regioni a presentare la proposta legislativa, è stata tra le ultime ad approvare la legge che, accogliendo i principi indicati nell'Intesa, ha disciplinato misure per il rilancio dell'economia attraverso l'attività edilizia. La suddetta legge prevede anche la promozione di misure straordinarie ed urgenti finalizzate a sostenere la riduzione del rischio sismico e idrogeologico, nonché la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente.

Il legislatore, così come stabilito in sede di Conferenza unificata, ha previsto due tipologie di interventi edilizi: ampliamento di cubatura su edifici esistenti ed aumento di volumetria a favore di edifici che vengono demoliti e poi ricostruiti.

La prima misura (*ex* articolo 2) disciplina la possibilità di ampliare gli edifici

esistenti, ultimati entro il 31 dicembre 2009 nei limiti del 20 per cento del volume esistente, se destinati ad uso residenziale con tipologia unifamiliare o bifamiliare.

L'incremento di volume e superficie nei limiti del 20 per cento delle costruzioni non può, comunque, eccedere complessivamente il limite di 200 metri cubi della relativa volumetria, rimanendo fermo il rispetto della legislazione vincolistica riguardante le distanze minime stabilite da norme legislative vigenti ed in conformità alla normativa antisismica. A tali benefici si può accedere solo se gli edifici siano stati realizzati legittimamente, restando esclusi quelli che hanno usufruito del condono edilizio.

L'ulteriore forma di incentivazione volumetrica (*ex* articolo 3) è costituita da una misura di sostituzione e di rinnovamento del patrimonio edilizio, consentendo la demolizione e la conseguente ricostruzione con ampliamento, pari al 25 per cento, di edifici residenziali realizzati anteriormente al 31 dicembre 2009. Qualora siano adottati sistemi che utilizzino fonti di energie rinnovabili che consentano l'autonomia energetica degli edifici, la percentuale può essere incrementata di un ulteriore 10 per cento, per un aumento complessivo fino al 35 per cento.

La norma prevede pure la c.d. delocalizzazione, ovvero la possibilità di realizzare interventi di demolizione e integrale ricostruzione anche su area diversa da quella originariamente occupata dal fabbricato, sempre che sia a ciò destinata dagli strumenti urbanistici, e che l'area originariamente occupata dal fabbricato demolito venga destinata a verde privato o a parcheggi pertinenziali all'immobile stesso.

Per entrambi gli interventi sono previsti abbattimenti degli oneri concessori. Per gli ampliamenti di volume o della superficie coperta gli oneri sono commisurati al solo ampliamento ridotto del 20 per cento. Nell'ipotesi di edificio o unità immobiliari destinati a prima abitazione del proprietario, la riduzione è pari al 30 per cento. Nel caso di rinnovamento del patrimonio edilizio gli oneri sono determinati in ragione del 50 per cento sul totale.

È attribuito ai comuni il compito di istituire ed aggiornare un elenco degli ampliamenti autorizzati, onde consentire di verificare e quindi impedire il sovrapporsi su uno stesso immobile di più interventi di ampliamento o di demolizione e ricostruzione.

È da rilevare che in un'ottica di liberalizzazione e di semplificazione delle procedure amministrative, è introdotta la denuncia di inizio attività così come disciplinata dal decreto legislativo n. 380 del 2001, come modalità alternativa all'ordinaria concessione edilizia.

Tra i criteri dettati in seno all'Intesa, assume rilievo l'indicazione secondo la quale le leggi regionali debbano avere efficacia temporale definita, che non sia superiore ai 18 mesi, salvo diverse determinazioni delle singole Regioni. A tal proposito la legge in esame ha stabilito che le istanze per realizzare gli interventi devono essere presentate entro il termine di ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge e corredate dalla documentazione idonea a dimo-

strare che l'edificio oggetto dell'intervento sia stato realizzato nel rispetto della normativa urbanistica vigente al momento della sua realizzazione.

Al fine di salvaguardare l'autonomia dei comuni in ordine alle scelte urbanistiche sull'assetto del proprio territorio è previsto che i comuni medesimi, entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge, possano escludere la possibilità di realizzare i suddetti interventi edilizi, in relazione a specifici immobili o zone del proprio territorio, sulla base di specifiche ragioni di carattere urbanistico, paesaggistico e ambientale.

Da ultimo, tra le agevolazioni introdotte, si consente la realizzazione di aree a verde pubblico e parcheggi, prevedendo che all'interno dei centri urbani, nelle zone indicate come verde agricolo ovvero verde pubblico, i privati possano eseguire opere sotterranee destinate a parcheggio. Condizione indefettibile affinché ciò sia consentito è la cessione gratuita al comune della relativa area di superficie, trasformata in verde pubblico. Per la realizzazione di tali opere non è previsto alcun onere concessorio ed il provvedimento non soggiace alla procedura di liberalizzazione del c.d. silenzio-assenso.

Legge 23 marzo 2010, n. 7

Pubblicata nella GURS n. 14 del 26 marzo 2010

Ordinamento della professione di maestro di sci

DDL n. 491 (iniziativa parlamentare)

Legge di settore.

La legge regionale n. 7 del 2010 disciplina in Sicilia l'ordinamento della professione di maestro di sci, in attuazione della legge-quadro nazionale 8 marzo 1991, n. 81. Si ricorda, infatti, che la Corte costituzionale ha più volte avuto occasione di chiarire che la materia delle "professioni" richiede una disciplina uniforme sul piano nazionale e coerente con i principi dell'ordinamento comunitario, attribuendo allo Stato la competenza relativa all'individuazione delle figure professionali, ma anche la definizione e la disciplina dei requisiti e dei titoli necessari per l'esercizio delle professioni stesse.

La legge regionale in esame, in particolare, istituisce in Sicilia, il Collegio regionale dei maestri di sci e l'Albo professionale dei maestri di sci. L'iscrizione all'Albo è subordinata al conseguimento di abilitazione professionale conseguita a seguito di un esame da sostenere innanzi ad un'apposita commissione, la cui composizione e i cui criteri di nomina sono previsti nella stessa legge. L'Assessore regionale per il turismo, lo sport e lo spettacolo provvederà ad istituire corsi di qualificazione e specializzazione per i maestri di sci e potrà autorizzare l'apertura di scuole di sci le cui tariffe dovranno essere rese pubbliche. Si prevedono sanzioni a carico di chi eserciti abusivamente la professione di maestro di sci; si attribuiscono alla Giunta regionale e all'Assessore la determinazione degli itine-

rari sciistici, nonché funzioni di vigilanza. Si stabiliscono criteri e adempimenti per l'esercizio in Sicilia della professione di maestro di sci da parte di maestri provenienti da altre Regioni e di cittadini di altri Paesi, con diversa disciplina a seconda che si tratti o meno di Stati membri dell'U.E. Tale ultima previsione è in linea con la recente disciplina normativa adottata a livello nazionale.

Legge 1 aprile 2010, n. 8

GURS n. 15 del 1° aprile 2010

Proroga dell'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2010 e delle misure occupazionali di cui alla legge regionale 29 dicembre 2009, n. 13

DDL n. 574 (iniziativa governativa)

Legge di bilancio

La legge in commento si compone di due articoli, nel primo dei quali si procede ad autorizzare il Governo regionale a prorarre sino al termine massimo del 30 aprile 2010 l'esercizio provvisorio del bilancio della Regione. Nell'art. 2 si consente la proroga sino al medesimo termine delle misure occupazionali di cui alla legge regionale 29 dicembre 2009, n. 13 recante "Interventi finanziari urgenti per l'anno 2009 e disposizioni per l'occupazione. Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2010".

Si tratta, in particolare, dell'utilizzazione dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 4, 5 e 6 dell'art. 1 della l.r. n. 13 del 2009, nonché dei contratti per il personale di cui al comma 7 dell'art. 1 della stessa legge regionale. Si incrementano di 133 migliaia di euro i fondi destinati a finanziare progetti nell'ambito delle politiche attive del lavoro in contesti di particolare degrado sociale e occupazionale ai sensi dell'art. 12 l.r. 13 del 2009.

Legge 1 aprile 2010, n. 9

GURS n. 15 del 1° aprile 2010

Gestione integrata dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati

DDL n. 528 (iniziativa governativa), abbinato a ddl n. 525, di iniziativa parlamentare (iniziativa mista)

Legge di settore (riordino).

La legge regionale n. 9 del 25 marzo 2010 "Gestione integrata dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati" ha lo scopo di disciplinare nella Regione la gestione integrata dei rifiuti e la bonifica dei siti inquinati in coerenza con la legislazione statale ed in attuazione delle direttive comunitarie in materia.

Con la legge si introduce un sistema di regolazione e di gestione che sia

funzionalmente idoneo a garantire in maniera efficiente il servizio di gestione integrata dei rifiuti.

Come è noto la materia dei rifiuti è stata oggetto di alterne vicissitudini e di continui interventi normativi, che si sono succeduti anche in virtù dell'attenzione prestata da parte delle istituzioni comunitarie in materia di tutela ambientale.

La normativa statale in materia di gestione dei rifiuti è contenuta nella parte IV del Testo Unico ambientale (D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152), il quale ha abrogato la precedente norma-quadro di settore, ovvero il decreto legislativo n. 22 del 5 febbraio 1997 (Decreto Ronchi). Il Testo Unico è stato recentemente oggetto di una revisione consistente con il decreto legislativo n. 4 del 16 gennaio 2008.

In materia di competenze attribuite agli organi preposti ad occuparsi della gestione dei rifiuti, si rileva che il decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 2, convertito nella legge 26 marzo 2010, n. 42 ha previsto la soppressione delle Autorità d'ambito territoriali di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

A tale soppressione, avvenuta mentre la proposta di legge regionale veniva discussa in seno all'Assemblea legislativa, il legislatore regionale si è adeguato disciplinando la messa in liquidazione dei consorzi e delle società d'ambito costituiti ai sensi dell'articolo 201 del d.lgs. 152 del 2006 e la costituzione di Società per la regolamentazione del servizio di gestione rifiuti (SRR).

Al fine di evitare il sorgere di dubbi in merito alla normativa da applicare nella Regione, sin dall'articolo 1 viene operato un rinvio al testo del c.d. Codice dell'ambiente, previsto nel d.lgs. 152 del 2006 e successive modifiche ed integrazioni.

L'articolo 2 detta le materie di competenza della Regione. Sebbene al comma 1 si rinvii all'elenco previsto dall'articolo 196 del d.lgs. n. 152/2006, si segnala l'introduzione di alcuni compiti ulteriori, che non vengono individuati dalla normativa nazionale. Tra questi emerge l'attribuzione alla Regione della competenza alla determinazione dei criteri relativi all'adozione di idonee misure compensative, da erogare a favore:

- dei proprietari di impianti di recupero, trattamento e smaltimento dei rifiuti che li conferiscano in disponibilità alle Autorità d'ambito.
- dei comuni che abbiano subito un danno dall'impatto ambientale provocato dall'insediamento di impianti di recupero, trattamento e smaltimento.

L'articolo 3 introduce le funzioni esercitate in materia dalle province, rinviando all'articolo 197 del d.lgs. n. 152/2006.

La disposizione attribuisce, inoltre, al Presidente della provincia il potere di adottare le ordinanze di cui all'articolo 191 del d.lgs. 152 del 2006, ovvero le ordinanze contingibili ed urgenti, qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente.

Ai fini dell'esercizio delle proprie funzioni le province si avvalgono del

supporto dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente, con espresso divieto del ricorso a soggetti esterni.

L'articolo 4 disciplina le competenze comunali rinviando all'articolo 198 del d.lgs. n. 152/2006, che stabilisce che i comuni concorrano alla gestione dei rifiuti urbani nell'ambito delle attività svolte a livello degli Ambiti territoriali ottimali.

Con tale norma si intende riportare in capo ai comuni il ruolo di gestione del servizio, al fine di far corrispondere a carico degli stessi la relativa responsabilità qualora non vengano garantiti i livelli essenziali del servizio stesso.

In particolare, ai comuni è assegnato il compito di stipulare il contratto di appalto per l'affidamento del servizio di gestione con i soggetti che siano risultati aggiudicatari-affidatari del servizio da parte delle SRR. I comuni verificano l'adempimento delle obbligazioni previste nel contratto e provvedono al pagamento del corrispettivo dovuto per l'espletamento del servizio, adeguando la TARSU o la TIA alle proprie esigenze. I comuni sono liberi di adeguarsi o meno alla tariffa media stabilita dalle SRR, tuttavia, qualora venga disposto un quantum maggiore, devono procedere ad indicare le maggiori risorse nei propri bilanci vincolandone la destinazione.

L'articolo 5 opera una riduzione da 27 a 10 degli Ambiti territoriali ottimali. In particolare gli ambiti coincidono, rispettivamente, nove con il territorio di ciascuna provincia ed uno con il territorio delle Isole minori.

Si prevede, altresì, la possibilità che un comune appartenente per legge ad un ATO formuli richiesta di appartenere ad un altro ATO, ma il passaggio può diventare operativo solo mediante un decreto dell'Assessore regionale per l'energia e i servizi di pubblica utilità.

L'articolo 6 disciplina le modalità di costituzione delle SRR, individuando gli organi e le procedure di formazione. La forma giuridica è quella della società consortile ex articolo 2615 ter del codice civile, cui si rinvia ai fini del funzionamento delle società stesse.

È affidato alla società il compito di determinare ed approvare la tariffa per la gestione del servizio, così come è stabilito nell'art. 238 del d.lgs. n. 152/2006. In attesa che venga emanato il decreto ministeriale che determini i criteri e le modalità di definizione della tariffa, si attribuisce alle SRR il compito di individuare uno standard medio cui i comuni possono adeguarsi.

Al fine di garantire la trasparenza degli atti della SRR, viene richiesta la pubblicazione di tutti gli atti nei relativi siti internet.

L'articolo 7 contempla le modalità con le quali le SRR devono operare, dettando previsioni sul relativo patrimonio costituito da un fondo di dotazione, e sulla dotazione organica del personale, approvata con decreto assessoriale.

L'articolo 8 individua le funzioni delle SRR, prevedendo che esse espletino le procedure per l'individuazione del gestore del servizio integrato dei rifiuti e l'attività di controllo finalizzata alla verifica del raggiungimento degli obiettivi qualitativi.

L'articolo 9, in conformità all'articolo 199 del d.lgs. n. 152/2006, detta i criteri e i contenuti del piano di gestione dei rifiuti. Tra gli obiettivi di maggior rilievo che il piano individua si segnala soprattutto il raggiungimento di livelli minimi di raccolta differenziata, attraverso l'accertamento da parte delle SRR della tipologia, quantità e origine dei rifiuti da recuperare o da smaltire. Il piano altresì fissa i criteri per l'individuazione delle aree idonee o meno alla localizzazione degli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti.

L'articolo 10 disciplina il piano d'ambito che le SRR hanno l'obbligo di adottare. L'articolo individua il procedimento di approvazione del piano stesso. Qualora le SRR non approvino il proprio piano, inoltre, vengono attivate le procedure di nomina di commissari e le conseguenti misure di responsabilità previste nel successivo articolo 14.

L'articolo 11 stabilisce che, al fine di promuovere il contenimento e la prevenzione della produzione di rifiuti e per ridurre la pericolosità, vengano attivate azioni idonee dagli organi coinvolti nella gestione dei rifiuti a valere sul Piano di azione del P.O. FESR 2007-2013.

L'articolo 12 prevede che la Regione individui azioni e strumenti incentivanti volti a garantire il sistema della raccolta differenziata dei rifiuti.

L'articolo 13 detta in capo alle Pubbliche Amministrazioni l'obbligo di utilizzare materiale riciclato, favorendo forme di riutilizzo e riciclo dei rifiuti.

L'articolo 14 prevede da parte della Regione l'intervento in via sostitutiva e la nomina di commissari straordinari, che intervengono qualora non vengano raggiunti determinati obiettivi indicati nella norma.

L'articolo 15 detta le nuove procedure di affidamento ed aggiudicazione del servizio di gestione integrata, assegnando alle SRR il compito di individuare i soggetti che devono gestire il servizio. In particolare, la norma che trova piena attuazione in materia è l'articolo 23 bis del D.L. 112 del 2008, che ha introdotto modifiche sostanziali all'istituto dell'affidamento in house. Secondo la versione attuale della norma, infatti, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali può avvenire solo in via residuale mediante l'affidamento in house, dovendo in via ordinaria essere adottate procedure ad evidenza pubblica ovvero l'affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. Terminata la fase dell'aggiudicazione, la fase c.d. negoziale spetta ai comuni, che procedono alla stipulazione del contratto e alla verifica delle obbligazioni ivi contenute.

Fra gli articoli successivi, assume rilievo la norma che interviene in materia di personale, laddove stabilisce che solo il personale per il quale sia stata espletata una procedura concorsuale, a far data dall'entrata in vigore della legge regionale n. 2 del 2007, possa essere assunto ovvero inquadrato presso le società.

**ELENCO DELLE LEGGI APPROVATE
TRA IL 30 NOVEMBRE 2009 E IL 31 MARZO 2010**

Estremi	Leggi approvate tra il 30 novembre 2009 e il 31 marzo 2010 Titolo della legge
L.r. n. 13/2009	"Interventi finanziari urgenti per l'anno 2009 e disposizioni per l'occupazione. Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2010"
L.r. n. 1/2010	"Istituzione delle unità operative delle professioni sanitarie"
L.r. n. 2/2010	"Misure per il reinserimento lavorativo dei lavoratori che hanno superato i cinquanta anni di età. Norme in materia di aiuti al lavoro"
L.r. n. 3/2010	"Disciplina dell'agriturismo in Sicilia"
L.r. n. 4/2010	"Nuovo ordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura"
DELIBERA LEGISLATIVA NON PROMULGATA	Delibera legislativa approvata a maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea recante: "Norme in materia di incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di componente del consiglio delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura"
L.r. n. 5/2010	"Norma sulla proroga delle autorizzazioni dell'esercizio di cava e sull'aggiornamento dei piani regionali dei materiali da cava e del piano regionale dei materiali lapidei di pregio".
L.r. n. 6/2010	"Norme per il sostegno dell'attività edilizia e la riqualificazione del patrimonio edilizio".
L.r. n. 7/2010	"Ordinamento della professione di maestro di sci"
L.r. n. 8/2010	"Proroga dell'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2010 e delle misure occupazionali di cui alla legge regionale 29 dicembre 2009, n. 13"
L.r. n. 9/2010	"Gestione integrata dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati"

CLASSIFICAZIONE DELLE LEGGI PER MACROSETTORE E PER MATERIA		
Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Ordinamento istituzionale	Organi della Regione <i>(ad esclusione di quanto classificato alla voce successiva)</i>	
	Sistema di elezione e casi di ineleggibilità e di incompatibilità del presidente e degli altri componenti la Giunta regionale	Delibera legislativa approvata il 18 febbraio 2010 a maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea recante: "Norme in materia di incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di componente del consiglio delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura"

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Ordinamento istituzionale	Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni	
	Personale e amministrazione	
	Enti locali e decentramento	
	Altro (per es.: persone giuridiche private, sistema statistico regionale, etc.)	
Sviluppo economico e attività produttive	Artigianato	
	Professioni (incluse le nuove figure professionali, per es. naturopata)	Legge 15 febbraio 2010, n. 1 "Istituzione delle unità operative delle professioni sanitarie" Legge 23 marzo 2010, n. 7 "Ordinamento della professione di maestro di sci"
	Industria	
	Sostegno all'innovazione per i settori produttivi	
	Ricerca, trasporto e produzione di energia	
	Miniere e risorse geotermiche	Legge 10 marzo 2010, n. 5 "Norme sulla proroga delle autorizzazioni dell'esercizio di cava e sull'aggiornamento dei piani regionali dei materiali da cava e del piano regionale dei materiali lapidei di pregio"
	Commercio, fiere e mercati	Legge 2 marzo 2010, n. 4 "Nuovo ordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura"
	Turismo (incluso agriturismo e turismo rurale, ittiturismo)	
	Agricoltura e foreste	Legge 26 febbraio 2010, n. 3 "Disciplina dell'agriturismo in Sicilia"
	Caccia, pesca e itticoltura Casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; Enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale	

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Sviluppo economico e attività produttive	Altro (per es. programmazione negoziata, programmi economici, supporto e assistenza allo sviluppo locale, etc.)	
Territorio ambiente e infrastrutture	Territorio e urbanistica (incluso demanio; edilizia)	Legge 23 marzo 2010, n. 6 "Norme per il sostegno dell'attività edilizia e la riqualificazione del patrimonio edilizio"
	Protezione della natura e dell'ambiente, tutela dagli inquinamenti e gestione dei rifiuti	Legge 1 aprile 2010, n. 9 "Gestione integrata dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati"
	Risorse idriche e difesa del suolo	
	Opere pubbliche (per es. edilizia scolastica; porti; aeroporti; etc.)	
	Viabilità	
	Trasporti	
	Protezione civile	
Servizi alla persona e alla comunità	Tutela della salute	
	Alimentazione	
	Servizi sociali	
	Istruzione scolastica e universitaria	
	Formazione professionale	
	Lavoro	Legge 23 febbraio 2010, n. 2 "Misure per il reinserimento lavorativo dei lavoratori che hanno superato i cinquanta anni di età. Norme in materia di aiuti al lavoro"
	Previdenza complementare e integrativa	
	Beni e attività culturali	
	Ricerca scientifica e tecnologica	
	Ordinamento della comunicazione	
	Spettacolo	
	Sport	

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Servizi alla persona e alla comunità	Altro (per es. sicurezza personale, polizia locale; tutela degli utenti e consumatori; contrasto all'usura)	
Finanza regionale	Bilancio	Legge 29 dicembre 2009, 13 "Interventi finanziari urgenti per l'anno 2009 e disposizioni per l'occupazione. Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2010" Legge 1 aprile 2010, n. 8 "Proroga dell'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2010 e delle misure occupazionali di cui alla legge regionale 29 dicembre 2009, n. 13"
	Contabilità regionale	
	Tributi	
Multisetto		

Note: Ogni legge è stata classificata in base al criterio della prevalenza in un solo macrosettore ed in una sola materia, tranne quelle che interessano più settori e materie indicate nell'ultima casella della tabella.

LEGGI APPROVATE DAL 30 NOVEMBRE 2009 AL 31 MARZO 2010

DATI QUANTITATIVI

X LEGISLATURA (dal 30 novembre 2009 al 31 marzo 2010)	
numero totale delle leggi	30*
numero totale delle leggi	11*
numero delle leggi di iniziativa governativa	3
% delle leggi di iniziativa governativa	27,2
numero delle leggi di iniziativa parlamentare	7
% delle leggi di iniziativa parlamentare sul totale delle leggi	63,7
Numero delle leggi di iniziativa mista (parlamentare e governativa)	1
% delle leggi di iniziativa mista sul totale delle leggi	9,1

* Si segnala che nel periodo considerato è stato emanato, oltre alle predette leggi, il Decreto presidenziale 5 dicembre 2009, n. 12 "Regolamento di attuazione del titolo II della legge regionale 16 dicembre 2008, n. 19, recante norme per la riorganizzazione dei dipartimenti regionali. Ordinamento del Governo e della Amministrazione della Regione".

DURATA DELL'ITER DI APPROVAZIONE DELLE LEGGI

XV LEGISLATURA (dal 30 novembre 2009 al 31 marzo 2010)	
numero totale delle leggi approvate	11*
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 1 e 30 giorni	3
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 31 e 90 giorni	0
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 91 e 180 giorni	4
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 181 e 360 giorni	3
numero delle leggi il cui iter è stato superiore a 360 giorni	1**

* Nel numero indicato è ricompresa la delibera legislativa recante "Norme in materia di incompatibilità tra la carica di Assessore regionale e quella di componente del Consiglio delle Camere di commercio". Tale delibera, riguardando una ipotesi di incompatibilità relativa agli assessori regionali, è stata stralciata dal disegno di legge sulle Camere di commercio, industria ed artigianato, per essere approvata col quorum previsto per le leggi statutarie dall'art. 9 c. 3 St. Reg. Sic. La sua pubblicazione nella GURS è avvenuta solo al fine di consentire, entro 3 mesi, la richiesta di referendum confermativo ai sensi dell'art. 17-bis St. Reg. Sic.

** Ci si riferisce alla legge 10 marzo 2010, n. 5 "Norme sulla proroga delle autorizzazioni all'esercizio di cava e sull'aggiornamento del piano regionale dei materiali lapidei di pregio" pubblicata nella GURS del 19 marzo 2010. Occorre precisare che il vero e proprio iter parlamentare di approvazione di tale legge aveva avuto inizio l'11 luglio 2008 e si era concluso il 25 novembre 2008. Tuttavia la legge è stata oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato e la decisione della Corte è intervenuta il 22 febbraio 2010. Pertanto la legge è stata pubblicata senza le parti dichiarate illegittime, a più di un anno di distanza dall'iter parlamentare di approvazione.

Note: Per l'inizio dell'iter si considera la data di presentazione del relativo disegno di legge.

XV LEGISLATURA (dal 30 novembre 2009 al 31 marzo 2010)	
Numero totale delle leggi	11
<i>Testo nuovo</i>	6
<i>Novella</i>	2
<i>Tecnica mista**</i>	3

*TECNICA REDAZIONALE**

ATTIVITÀ ISPETTIVA E DI INDIRIZZO POLITICO

a cura del Servizio Lavori d'Aula

INTERROGAZIONI (DAL 1° DICEMBRE 2009 AL 28 FEBBRAIO 2010)							
TIPOLOGIA ATTO	PD	PDL	SICILIA	UDC	MPA	MISTO	TOTALE
Presentate	67	66	14	12	16	0	172
Con richiesta di risposta orale	38	35	10	5	7	0	92
Con richiesta di risposta scritta	26	29	4	7	9	0	75
Con richiesta di risposta in commissione	3	2	0	0	0	0	5
Svolte (risposte in Aula o in Commissione)	1	4	0	0	0	0	5
Trasformata in scritta (risposte in Aula o in Commissione)	1	0	0	0	0	0	1
Risposte scritte pervenute (risposta scritta o trasformata in scritta)	12	12	0	2	2	0	28
INTERPELLANZE (DAL 1° DICEMBRE 2009 AL 28 FEBBRAIO 2010)							
TIPOLOGIA ATTO	PD	PDL	SICILIA	UDC	MPA	MISTO	TOTALE
Presentate	2	1	0	0	9	0	12
Svolte	0	0	0	0	0	0	0
Trasformate in mozione	0	0	0	0	0	0	0
MOZIONI (dal 1° dicembre 2009 al 28 febbraio 2010)	PD	PDL	SICILIA	UDC	MPA	MISTO	TOTALE
Presentate	10	9	4	6	4	2	20
Discusse	1	1	1	1	1	1	2
Approvate	1	1	1	1	1	1	1
Ritirate	1	0	0	0	0	0	1
Respinte	0	0	0	0	0	0	0
Superate	1	0	0	0	0	0	1
ORDINI DEL GIORNO (dal 1° dicembre 2009 al 28 febbraio 2010)	PD	PDL	SICILIA	UDC	MPA	MISTO	TOTALE
Annunciati	47	48	16	34	30	5	84
Discussi	7	8	1	8	1	1	11

ORDINI DEL GIORNO (dal 1° dicembre 2009 al 28 febbraio 2010)	PD	PDL	SICILIA	UDC	MPA	MISTO	TOTALE
Approvati	25	18	7	15	11	4	39
Accettati come raccomandazione	12	12	4	11	11	0	33
Ritirati	0	0	1	1	0	0	2
Respinti	0	3	0	2	2	0	4
Superati	0	0	0	0	0	0	0
Preclusi	2	1	0	0	0	0	3

N.B. Ogni singolo atto ispettivo o di indirizzo politico può recare la firma di deputati appartenenti a Gruppi parlamentari diversi.

Rassegne

Rassegna delle decisioni del Consiglio di Stato
Speciale in tema di efficacia del provvedimento amministrativo
limitativo della sfera giuridica dei privati

di Salvatore Dettori

SOMMARIO: 1. Sulle conseguenze della mancata comunicazione del provvedimento limitativo della sfera giuridica del destinatario. - 2. Sulla natura non recettizia del decreto di esproprio. - 3. Sulla natura recettizia del provvedimento di accettazione della domanda di collocamento a riposo. - 4. Sulla natura recettizia della determinazione di articolazione tariffaria del servizio idrico integrato. - 5. Sulla natura non recettizia del provvedimento di annullamento del nulla-osta paesistico. - 6. Sulla natura recettizia dell'atto amministrativo di avviamento al lavoro. - 7. Sulla natura non recettizia del provvedimento di destituzione dal servizio. - 8. Sulla natura non recettizia dell'atto di programmazione della spesa sanitaria.

1. *Sulle conseguenze della mancata comunicazione del provvedimento limitativo della sfera giuridica del destinatario*

La vicenda di cui **Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4860**, riguarda l'impugnazione di una sentenza del TAR Lazio nella parte in cui ha respinto il ricorso proposto da un ufficiale dell'Esercito avverso **provvedimento** con il quale l'ufficiale medesimo veniva **sospeso cautelativamente dal servizio**, in quanto risultava all'epoca sottoposto a diversi procedimenti penali.

Con il primo motivo di impugnazione l'appellante deduce che il suddetto provvedimento ministeriale di irrogazione della sospensione non gli è mai stato integralmente notificato, essendosi l'amministrazione limitata a comunicargli il dispositivo dello stesso.

Il Consiglio di Stato, con riferimento a tale censura osserva che di norma, e salva diversa previsione legale, la notificazione dell'atto amministrativo al suo destinatario non incide sull'esistenza o validità dello stesso: pertanto, è da escludere che un atto sia nullo ovvero illegittimo per il solo fatto della mancata comunicazione integrale da parte dell'Autorità emanante al soggetto interessato. Naturalmente, considera il giudice amministrativo, nel caso di atto recettizio (ed ora ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 241 del 1990 nel caso degli atti limitativi

della sfera giuridica dei destinatari) la comunicazione incide sull'efficacia del provvedimento e quindi sul decorso dei termini per l'impugnativa giurisdizionale. Tuttavia tale profilo risulta irrilevante nel caso in esame, avendo l'interessato proposto tempestivamente ricorso. D'altra parte, a parere del giudice, una volta acquisito in giudizio il testo integrale del decreto e della presupposta relazione, il destinatario ben avrebbe potuto integrare le proprie difese mediante la notificazione di motivi aggiunti.

Sul tema della mancata comunicazione del provvedimento merita altresì una segnalazione **Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3823**, sebbene in tale pronuncia il giudice amministrativo non prenda espressamente posizione sulla natura recettizia o meno del provvedimento in questione. La vicenda muove dall'impugnazione della sentenza con la quale il TAR Puglia, Lecce, respingeva il ricorso proposto da una cooperativa per l'annullamento degli atti concernenti la gara a licitazione privata per l'affidamento dell'appalto del servizio di pulizia delle sedi del Comando provinciale dei VV.FF. di Taranto, del contratto stipulato con il controinteressato aggiudicatario, nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente ad essere unica aggiudicataria della gara suddetta, con conseguente risarcimento dei danni patiti. La società appellante, esclusa per avere presentato un'offerta ritenuta eccessivamente bassa e non sorretta da adeguata giustificazione, ripropone, tra i motivi d'appello, la mancata tempestiva **comunicazione alle concorrenti dell'esito della gara**, che comporterebbe l'invalidità della procedura di aggiudicazione e la caducazione del contratto conseguentemente stipulato.

A parere del Consiglio di Stato tale censura non ha pregio, in quanto, come osservato dal giudice di prime cure, la tardiva o mancata comunicazione di un provvedimento amministrativo, salvo il caso in cui una norma di legge colleghi esplicitamente a ciò un determinato effetto giuridico estintivo del potere esercitato dall'amministrazione, incide unicamente sul decorso dei termini per proporre impugnazione davanti al giudice amministrativo. Con riferimento al caso in esame, la giurisprudenza è peraltro pacifica nel ritenere che l'omessa comunicazione dell'esito della gara per l'affidamento di un appalto di servizio, prevista nell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici *“assume rilievo ai soli fini della decorrenza dei termini di decadenza, per esercitare i mezzi di tutela giurisdizionale sui risultati della procedura e può giustificare la proposizione di motivi aggiunti, ma non implica di per sé l'illegittimità dell'aggiudicazione”* (**Cons. St., sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079**).

Il descritto orientamento del giudice amministrativo è confermato anche in **Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3788**. Con ricorso proposto avanti al TAR Abruzzo un cittadino albanese impugnava, assumendone l'illegittimità per motivi di violazione di legge ed eccesso di potere in diversi profili, il decreto del

Prefetto della Provincia di Teramo di reiezione della domanda di regolarizzazione della propria posizione lavorativa in applicazione della normativa introdotta dal d.l. n. 195 del 2002, convertito nella legge n. 222 del 2002.

A motivazione della determinazione negativa era fatto richiamo alla sussistenza della condizione ostativa al rilascio del permesso di soggiorno, in quanto il richiedente risultava destinatario di decreto di espulsione con intimazione a lasciare il territorio dello Stato italiano con accompagnamento alla frontiera.

Il TAR adito respingeva il ricorso e il cittadino albanese proponeva appello.

Per quanto di interesse in questa sede, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi, tra l'altro, sull'omessa notifica del provvedimento conclusivo del procedimento di regolarizzazione, ha osservato come sia pacifico in giurisprudenza che **i vizi attinenti alla separata fase di comunicazione dell'atto amministrativo non incidono né rifluiscono sul contenuto dell'atto medesimo, salvo i riflessi sul tempestivo esercizio dei diritti di difesa**, che può essere validamente esercitato solo dal momento in cui ha avuto luogo la piena conoscenza della determinazione provvedimento non ritualmente comunicata e che, in ogni caso, nella specie non ha subito menomazione.

In merito alle modalità con cui deve avvenire la comunicazione del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, si segnala, **Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2856**.

La vicenda prende le mosse dal provvedimento con cui il Comando Generale della Guardia di Finanza ha comminato ad un finanziere la perdita del grado per rimozione, a seguito della riscontrata positività del militare ai test relativi all'assunzione di amfetamine e cannabinoidi.

Il provvedimento espulsivo è stato impugnato dall'interessato con ricorso al TAR Friuli Venezia Giulia che ha accolto nel merito il gravame, rilevando il carattere sproporzionato della sanzione espulsiva comminata in relazione ad un isolato episodio di assunzione di stupefacenti.

L'amministrazione propone appello, eccependo nuovamente, tra l'altro, la tardività del ricorso di primo grado. In particolare la questione è posta in quanto il provvedimento con il quale è stata inflitta la sanzione disciplinare della perdita del grado è stato portato a conoscenza del destinatario in due copie, la prima delle quali è stata consegnata all'interessato mentre l'altra, da lui controfirmata per ricevuta e vistata dall'ufficiale notificante, è stata acquisita agli atti d'ufficio. Ebbene, mentre sulla copia agli atti esibita in giudizio dall'amministrazione accanto alla sottoscrizione del destinatario per ricevuta è riportata la data di consegna e la controfirma del comandante della tenenza, tale data non è stata trascritta sulla copia in possesso del militare.

Alla luce di tale circostanza il giudice di prime cure ha ritenuto non provata la tardività del gravame, richiamando la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte secondo la quale in caso di mancata indicazione della data dell'esegui-

ta notifica nella copia dell'atto consegnata al destinatario non decorre il termine perentorio entro il quale il destinatario stesso può esercitare i suoi diritti difensivi.

Il Consiglio di Stato non condivide invece tale impostazione, in quanto la regola giurisprudenziale sopra richiamata vale per le notifiche degli atti processuali disciplinate dal codice di procedura civile e non può quindi applicarsi al caso in esame, in cui la comunicazione del provvedimento sanzionatorio al destinatario è legittimamente avvenuta non nelle forme degli atti di citazione mediante ufficiale giudiziario, ma in forma amministrativa, e cioè secondo le disposizioni dei regolamenti particolari dell'amministrazione che lo ha emanato. Come si è sopra ricordato, il documento esibito in giudizio dall'amministrazione è costituito da una copia del provvedimento, la quale reca in calce la sottoscrizione del destinatario per ricevuta con accanto la data e il luogo di consegna e la controfirma del comandante della tenenza.

L'insieme di tali elementi costituisce dunque il processo verbale (e cioè la rappresentazione) di una attività materiale di consegna compiuta dal Pubblico Ufficiale il quale poi, mediante la sua firma, accerta la autenticità della sottoscrizione del ricevente e la veridicità delle indicazioni riferite alla data e al luogo di ricevuta. L'attestazione è dunque un atto pubblico assistito da fidejussione ai sensi dell'art. 2700 cod. civ. ed è perciò destinata a far prova fino a querela di falso della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

A parere del giudice amministrativo nel caso di specie l'unico mezzo mediante il quale il destinatario poteva contestare quanto certificato dal comandante della tenenza era dunque la querela di falso, in mancanza della quale il mero disconoscimento della veridicità della data di consegna (e non della sottoscrizione) contenuto negli atti difensivi del ricorrente risulta improduttivo di ogni effetto.

Sempre sulle modalità di comunicazione degli atti recettizi e sulle conseguenze in termini di validità ed efficacia degli stessi, risulta interessante anche **Cons. St., sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2541**. La vicenda muove dall'impugnazione della delibera di revoca del programma di protezione resa dalla Commissione competente, da parte del soggetto sottoposto al programma medesimo, arrestato con l'accusa di avere compiuto una rapina, peraltro in un comune diverso da quello presso il quale gli era stata assicurata la protezione. Con il ricorso di primo grado veniva dedotto, tra l'altro, il vizio del provvedimento di revoca in quanto non sottoscritto dal segretario della Commissione, né dal Sottosegretario di Stato competente. Il TAR respingeva l'impugnazione ritenendo, per quanto di interesse in questa sede, che i vizi del provvedimento fossero insussistenti in fatto ovvero ininfluenti ai fini della validità della statuizione.

Il Consiglio di Stato conferma tale decisione, sostenendo, quanto alla omessa sottoscrizione della copia dell'atto di revoca notificato, l'infondatezza palese

della censura che ne vorrebbe fare discendere la nullità, in adesione al consolidato orientamento dottrinario e giurisprudenziale secondo il quale è valido l'atto amministrativo tributario che sia carente di sottoscrizione ove tale carenza riguardi solo la copia notificata e non l'originale in quanto, in materia di atti recettizi, la comunicazione non ha effetto costitutivo dell'atto notificato.

2. *Sulla natura non recettizia del decreto di esproprio*

La questione decisa da **Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2008, n. 5539**, muove dall'impugnazione da parte della proprietaria di un appezzamento di terreno interessato dalla costruzione della variante di una strada statale, degli atti di approvazione del progetto dell'opera pubblica e di occupazione di urgenza per l'esecuzione dei lavori. Il TAR Abruzzo, L'Aquila, accoglie il ricorso per quanto riguarda la declaratoria della intervenuta scadenza dei termini di occupazione di urgenza, con condanna al risarcimento del danno.

Avverso tale sentenza propone appello l'ANAS Spa, che deduce l'erroneità della impugnata sentenza, nel punto in cui ha ritenuto che non sia stato adottato alcun atto di esproprio, che sarebbe invece stato adottato anteriormente alla scadenza dei termini previsti. La proprietaria chiede il rigetto dell'appello in quanto il decreto di esproprio, anche se adottato, non sarebbe stato comunque notificato nei termini, risultando dunque tardivo.

Nel merito la parte appellante sostiene la natura di atto non recettizio del decreto di esproprio, che entro il termine previsto avrebbe dovuto essere soltanto adottato e non anche necessariamente comunicato.

A parere del Consiglio di Stato l'effetto traslativo della proprietà pubblica si verificherebbe dalla data di adozione del decreto, la cui successiva notificazione non è elemento integrativo, né requisito di validità, né condizione di efficacia, avendo solo funzione di fare decorrere il termine di opposizione alla stima (Cass. Civ., I, 15 novembre 2004, n. 21622). In tale prospettiva, il vizio della notifica del decreto di esproprio non incide sulla legittimità del provvedimento, quanto piuttosto sulla opponibilità dello stesso al destinatario e specialmente sulla effettiva decorrenza dei termini per esercitare le facoltà in sede non tanto procedimentale quanto piuttosto processuale (**Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1668**). Più in generale, il giudice amministrativo osserva come la notificazione di un atto amministrativo al suo destinatario non incida sulla *esistenza o validità* dello stesso, con la conseguenza che un atto non è nullo o illegittimo né fuori termine, per il solo fatto della mancata comunicazione integrale da parte della autorità emanante al soggetto che sia interessato, salvo che l'atto sia recettizio, nel quale caso la comunicazione incide sulla efficacia del provvedimento e quindi sul decorso dei termini per la impugnativa giurisdizionale (**Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4860**).

Alla luce dei su indicati principi, nel caso in esame deve ritenersi intervenuto nei prescritti termini il **decreto di esproprio** adottato nei termini prestabiliti nel procedimento, in quanto il suo *effetto proprio*, ossia quello traslativo della titolarità, avviene già al momento della sua adozione, ancorché non sia avvenuta entro quei termini la fase integrativa della efficacia, che, nel caso di **atto non recettizio**, come nella specie, attiene solo alla diversa e successiva fase della comunicazione.

A parere del Consiglio di Stato neppure la previsione contenuta nell'art. 21 bis può valere per il decreto di esproprio che, configurandosi come atto ablatorio e quindi per sua natura tra i più incisivi e limitativi rispetto alla sfera giuridica e patrimoniale dei destinatari, è soggetto alla disciplina speciale del testo unico espropriazioni. Quest'ultimo, all'art. 13 richiede entro la scadenza del termine la sola emanazione o adozione del decreto di esproprio e non anche la comunicazione.

Il medesimo orientamento è contenuto in **Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2008, n. 5506**.

In definitiva, nella pronuncia in esame il giudice amministrativo non esclude che la comunicazione del provvedimento limitativo della sfera giuridica del destinatario rilevi ai fini dell'efficacia dello stesso, così come disposto dall'art. 21 bis; tuttavia collega tale efficacia esclusivamente al profilo processuale dato dal decorso dei termini per l'impugnativa giurisdizionale del provvedimento medesimo. Il rischio è che una tale lettura limiti la portata stessa dell'art. 21bis e soprattutto non ne assicuri la coerenza interpretativa.

3. *Sulla natura recettizia del provvedimento di accettazione della domanda di collocamento a riposo*

La difficoltà del consolidarsi di un orientamento omogeneo nelle pronunce del giudice amministrativo, in merito alla portata della disposizione contenuta all'art. 21 bis, emerge dal raffronto tra la pronuncia precedente e quella che di seguito si propone, **Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 73**, avente ad oggetto la natura stavolta recettizia del provvedimento di accettazione della domanda di collocamento a riposo.

La controversia in esame muove dalla domanda di collocamento a riposo presentata da un consigliere della Corte dei Conti e successivamente revocata dopo che l'amministrazione aveva adottato il provvedimento d'accettazione, seppure prima che tale accettazione gli venisse notificata. La sentenza del TAR impugnata ha annullato sia la deliberazione con cui la Corte dei Conti ha respinto l'atto di revoca delle dimissioni che il consigliere aveva presentato, sia la deliberazione con la quale lo stesso organo ha accettato la domanda di collocamento a riposo presentata dal predetto consigliere.

Per quanto di interesse in questa sede, la questione riguarda dunque il

termine entro il quale la facoltà di revoca può essere esercitata e, di conseguenza, la natura recettizia o meno del provvedimento con il quale l'amministrazione provvede ad accettare le dimissioni del dipendente. Il Consiglio di Stato osserva come su tale questione la Sezione non si sia espressa in modo univoco.

È stato infatti sostenuto che il carattere autoritativo del provvedimento con il quale l'amministrazione accetta le dimissioni impedirebbe, con l'estinzione del rapporto d'impiego, ogni possibilità della revoca (**Cons. St., sez. IV, n. 3027 del 2006**). Secondo un'altra opinione, condivisa dalla sentenza impugnata, la natura recettizia del provvedimento di accettazione, come di tutti gli atti con effetti negativi sul destinatario, non impedirebbe la revoca della domanda di collocamento a riposo, se antecedente alla comunicazione del provvedimento dell'amministrazione (**Cons. St., sez. IV, n. 7421 del 2005**).

Osserva peraltro il giudice amministrativo come, in verità, l'amministrazione appellante, pur riconoscendo la natura recettizia di tale atto e la conseguente possibilità della revoca fin quando l'accettazione non sia stata comunicata, abbia ritenuto tale circostanza ininfluyente rispetto alla definizione della lite all'esame. Ciò in quanto il consigliere avrebbe informalmente, ma effettivamente, conosciuto il provvedimento con il quale l'amministrazione ha accettato le sue dimissioni prima che gli venisse comunicato, al punto da indurlo a far cessare, con l'abbandono del servizio, il rapporto d'impiego, così da rendere per un verso non più praticabile e per altro verso incompatibile, la revoca delle sue dimissioni, seppur teoricamente ammissibile.

Il Consiglio di Stato ritiene peraltro decisivo che la controversia all'esame, diversamente dai precedenti giurisprudenziali richiamati, si sia svolta nel mutato quadro legislativo dovuto all'introduzione nella legge n. 241 del 1990 dell'art. 21 bis, norma diretta a tutelare i destinatari di provvedimenti con effetti negativi. Dalla vigenza di tale disposizione si ricava, secondo il giudice amministrativo, la conferma dell'assunto fatto proprio dalla sentenza impugnata, per il quale **la conoscenza del provvedimento ad effetti negativi sul destinatario, nella fattispecie in esame collegati all'accettazione delle dimissioni, è essenziale e non può avvenire che attraverso la sua effettiva comunicazione**. Una tale ricostruzione determina dunque una significativa dequotazione del momento perfezionativo del provvedimento di accettazione delle dimissioni all'interno di una fattispecie a formazione progressiva, che inizia con la domanda del dipendente e si conclude con la comunicazione di esso.

A parere del Consiglio di Stato risulta peraltro necessario che la suddetta comunicazione abbia un **carattere formale**, in ragione del quale non possono avere rilievo alcuna modalità conoscitive ritenute equivalenti ovvero soddisfatte per *facta concludentia*, quali, nella fattispecie in esame, sono tutte quelle evidenziate nell'atto d'appello. Da quanto argomentato ne consegue quindi l'insussistenza della cessazione del rapporto di lavoro tra la Corte dei Conti ed il consigliere. Il dovere del magistrato che ha presentato le dimissioni di prosegui-

re nell'adempimento dei doveri d'ufficio permane fino alla comunicazione attraverso la notifica ad esso dell'accettazione di esse da parte dell'amministrazione, non essendo sufficiente che quest'ultimo provvedimento sia stato "partecipato" ovvero sia stato conosciuto indirettamente ed informalmente dall'interessato. In tale contesto, sostiene il giudice amministrativo, né la cessazione dell'attività di servizio da parte del consigliere, né la mancata attribuzione ad esso dello stipendio, possono valere come cessazione del rapporto di lavoro, configurandosi al più alla stregua di un inadempimento di obblighi reciproci connessi a tale rapporto.

4. *Sulla natura recettizia della determinazione di articolazione tariffaria del servizio idrico integrato*

Merita altresì attenzione **Cons. St., sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4301**. Con ricorso straordinario una serie di società impugnavano dapprima in sede amministrativa e successivamente dinanzi al TAR Sardegna la determinazione di articolazione tariffaria del servizio idrico integrato adottata dall'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale della Sardegna (AATO).

Il TAR adito respingeva i motivi di ricorso, ad esclusione di quello relativo alla decorrenza retroattiva del regime tariffario per il tempo anteriore rispetto a quello di adozione e conseguente pubblicazione della delibera. Nei confronti di tale decisione l'AATO Sardegna proponeva appello, sostenendo la legittimità della imposizione del canone per il servizio idrico con decorrenza retroattiva.

A tal proposito il Consiglio di Stato ha modo di osservare come la tariffa relativa ai consumi idrici introduca in via autoritativa ed unilaterale una prestazione imposta per la fruizione di un servizio (fornitura d'acqua) che si qualifica come essenziale per il soggetto che se ne avvale. **La delibera che approva il regime tariffario ha natura di atto amministrativo generale** ed è destinata ad applicarsi per tutto il periodo di vigenza e fino a revoca in base a "*contrarius actus*".

Viene a tal proposito ricordato come la giurisprudenza amministrativa abbia più volte posto in rilievo che la regola di irretroattività dell'azione amministrativa è espressione dell'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltre che del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato (tali sono quelli introduttivi di prestazioni imposte), impedisce di incidere unilateralmente e con effetto "ex ante" sulle situazioni soggettive del privato (**Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2001, n. 1317; Cons. St., sez. VI, 1 dicembre 1999, n. 2045; Cons. St., sez. IV, 30 marzo 1998, n. 502**).

Ulteriori limiti alla retroattività, in presenza di statuizioni provvedimenti che rivestono valenza regolamentare in quanto dirette a trovare applicazione ripetuta nel tempo ad un numero indeterminato di fattispecie, discende dalla

regola di irretroattività degli atti a contenuto normativo dettata dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale. Detta regola può ricevere deroga per effetto di una disposizione di legge pari ordinata e non in sede di esercizio del potere regolamentare, che è fonte normativa gerarchicamente subordinata. Pertanto solo in presenza di una norma di legge che a ciò abiliti gli atti e regolamenti amministrativi possono avere efficacia retroattiva.

Quanto osservato trova codifica, a parere del Consiglio di Stato, nell'art. 21 bis della legge n. 241 del 1990. Il TAR ha, pertanto, correttamente ricordato **l'obbligo di contribuzione per utilizzo delle risorse idriche a partire dalla data di pubblicazione della delibera dell'AATO Sardegna sul nuovo regime tariffario.**

5. *Sulla natura non recettizia del provvedimento di annullamento del nulla-osta paesistico*

La vicenda di cui **Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1531** muove dall'annullamento da parte del Ministero dei beni culturali ed ambientali del nulla osta paesistico rilasciato da un Comune al fine della realizzazione di un immobile in area vincolata. Il decreto di annullamento veniva impugnato innanzi al TAR Campania che respingeva il ricorso stabilendo, tra l'altro, l'infondatezza della censura riguardante l'asserita tardività nell'adozione del decreto di annullamento, atteso che in base al prevalente orientamento giurisprudenziale il termine di sessanta giorni di cui all'art. 151, D. Lgs. n. 490 del 1999 concerne unicamente la fase di adozione del decreto e non anche quella della sua comunicazione al soggetto interessato.

La sentenza veniva gravata in sede di appello, ove l'appellante sostiene che la norma in questione sarebbe da intendere nel senso che entro il termine fissato per l'esercizio del potere statale di annullamento del nulla-osta paesistico debba non solo essere adottato il provvedimento di annullamento, ma anche essere effettuata la relativa comunicazione all'interessato. Nella tesi dell'appellante, infatti, la comunicazione all'interessato rappresenterebbe non già un mero strumento di conoscenza, bensì un vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie, con la conseguenza per cui, entro il termine normativamente stabilito, la fattispecie medesima dovrebbe essere realizzata in tutte le proprie componenti. A tal proposito viene sostenuto che, laddove si riferisse il richiamato termine normativo alla sola adozione dell'atto ministeriale (prescindendo dal termine di comunicazione dello stesso) si determinerebbe un *vulnus* ai principi generali dell'ordinamento, nonché agli stessi principi costituzionali disciplinanti la materia.

Il Consiglio di Stato sostiene però che tale motivo non può trovare accoglimento, accordandosi al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui

il provvedimento di annullamento del nulla-osta paesistico non ha natura di atto recettizio, con la conseguenza che il termine perentorio di sessanta giorni previsto per la sua adozione attiene al solo esercizio del potere di annullamento da parte dell'Amministrazione statale e non anche alla comunicazione o notificazione ai destinatari del provvedimento stesso (in tal senso, *ex plurimis*, **Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 5237; Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2007, n. 1027**).

A tal proposito è stato evidenziato infatti da **Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 224**, che il provvedimento ministeriale incide su una sfera giuridica non ancora definita perché la sola autorizzazione regionale (o subregionale) non produce di per sé alcuna espansione dello "jus aedificandi", ma una semplice aspettativa all'esito della ulteriore fase procedimentale di competenza dell'amministrazione statale (sul punto, **Cons. St., sez. VI, 10 agosto 1999, n. 1027; Cons. St., sez. VI, 29 settembre 1999, n. 1274; Cons. St., sez. VI, 1 dicembre 1999, n. 2069**).

Sul medesimo tema merita altresì attenzione **Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2007, n. 3453**, che affronta la questione in esame in una prospettiva parzialmente diversa.

Veniva impugnato dinanzi al TAR Sardegna il decreto del Soprintendente per i beni ambientali, architettonici, artistici e storici di Sassari e Nuoro con il quale era stata annullata l'autorizzazione paesaggistica rilasciata da un Comune. Il TAR adito accoglieva il ricorso, avendo ritenuto fondato e assorbente il motivo con il quale si denunciava la tardiva comunicazione dell'atto di annullamento del Soprintendente che, per effetto del decreto dirigenziale con il quale è stato delegato alle Soprintendenze il potere di adottare i decreti di annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche, avrebbe dovuto essere non solo adottato, ma anche comunicato nel termine di sessanta giorni stabilito dall'art. 82, comma 9, del DPR n. 616/1977.

Nei riguardi di detta pronuncia il Ministero per i beni e le attività culturali, unitamente alla Soprintendenza di Sassari e Nuoro, ha interposto appello contestando la fondatezza del motivo accolto dal TAR.

Il Consiglio di Stato pur respingendo l'appello proposto dall'Amministrazione ritiene fondata la censura volta a contestare la tardività dell'annullamento. Ciò sulla base della considerazione, peraltro già rilevata in giurisprudenza, che il decreto suddetto dirigenziale non ha il potere di modificare la natura non recettizia dell'atto di annullamento. E ciò in quanto **la natura recettizia o meno dei provvedimenti amministrativi è stabilita dalla legge**, mentre la delegificazione dei procedimenti la cui disciplina è ora demandata ai regolamenti, non può toccare gli atti finali di detti procedimenti e la loro natura giuridica (in tal senso **Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2001, n. 4639**). Alla stregua di siffatto orientamento la censura di tardività dedotta con il ricorso introduttivo deve

essere valutata sulla base di quanto ritenuto ormai pacificamente dalla giurisprudenza amministrativa, ossia che **l'atto di annullamento della autorizzazione paesaggistica previsto costituisce atto non recettizio** e pertanto il termine perentorio di sessanta giorni assegnato alla Soprintendenza per l'eventuale annullamento si riferisce solo alla adozione e non anche alla comunicazione di tale atto.

6. *Sulla natura recettizia dell'atto amministrativo di avviamento al lavoro*

In tema di natura recettizia dei provvedimenti amministrativi si segnala anche **Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2006, n. 6007**, seppure la fattispecie che viene in rilievo non riguarda un provvedimento limitativo della sfera giuridica del destinatario. Si tratta in particolare dell'atto amministrativo di avviamento al lavoro emesso in favore di un invalido protetto dalla l. n. 482 del 1968, la cui natura recettizia è comunque riconosciuta dal giudice amministrativo. Da ciò discende che il relativo procedimento si perfeziona con la comunicazione dello stesso all'imprenditore che è tenuto ad assumere l'invalido. Viene dunque sostenuto che ove, prima della comunicazione dell'atto di avviamento, l'invalido superi i cinquantacinque anni di età, e quindi non abbia più diritto all'assunzione in ragione del limite legale di età, posto dall'art. 1 della legge citata, l'atto stesso deve ritenersi caducato per il venir meno di uno dei suoi presupposti di legge.

7. *Sulla natura non recettizia del provvedimento di destituzione dal servizio*

La decisione contenuta in **Cons. St., sez. VI, 24 giugno 2006, n. 4053**, segue la pronuncia con cui il TAR Lombardia ha respinto il ricorso di un dipendente statale avverso il provvedimento della Direzione provinciale del tesoro avente ad oggetto il recupero di una somma relativa alla retribuzione erogata dall'amministrazione di appartenenza, ma non dovuta al dipendente in quanto destinatario di un precedente provvedimento di destituzione dal servizio.

La questione riguarda dunque il diritto al trattenimento di somme a titolo di retribuzione per il periodo successivo all'adozione della destituzione e fino alla comunicazione della stessa.

Il ricorrente, in sede di impugnazione, evidenziava di non avere avuto cognizione della destituzione fino alla data del ricevimento della relativa comunicazione. Fino a tale data egli era dunque convinto di essere ancora in servizio, non diversamente dall'amministrazione, che altrimenti non avrebbe pagato gli stipendi relativi al suddetto periodo. La data di comunicazione allegata dall'amministrazione coincideva con quella della trasmissione del decreto di destituzione alla Direzione provinciale del tesoro; tale comunicazione, peraltro, con l'allega-

to decreto, non risultava effettuata nei confronti del dipendente interessato, non rinvenendosi alcuna relata di notifica, o altro tipo di sottoscrizione per ricezione, riferibile a quest'ultimo.

Il Consiglio di Stato rigetta l'appello, sostenendo che ai fini dell'insorgere del credito per indebito la destituzione opera dal momento della sua adozione, non necessitando per la sua operatività dell'apporto cooperativo del destinatario e **non potendo perciò considerarsi atto recettizio**. Essa dunque, in linea di principio, fa venire meno il rapporto di servizio e l'obbligo di erogazione della retribuzione a titolo di corrispettivo dovuto dall'amministrazione dal momento della sua adozione, salva l'ipotesi residuale di prosecuzione di fatto della normale ed effettiva prestazione del servizio da parte del dipendente dopo la destituzione e prima della sua comunicazione.

Nel caso in esame, d'altra parte, il ricorrente non ha affermato di avere prestato servizio, risultando peraltro decisivo che egli fosse destinatario di un provvedimento sanzionatorio di sospensione dall'insegnamento, con scadenza successiva alla data di comunicazione della destituzione ammessa dal ricorrente stesso; donde il venir meno, per il periodo in contestazione, del diritto alla retribuzione ordinaria.

8. *Sulla natura non recettizia dell'atto di programmazione della spesa sanitaria*

La questione decisa da **Cons. St., Ad. Plen., 2 maggio 2006, n. 8**, muove dal ricorso in appello innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana proposto da un'Azienda USL avverso le sentenze del TAR Catania con le quali sono stati annullati i provvedimenti di fissazione del tetto di spesa per le strutture sanitarie specialistiche ex-convenzionate ed in regime di accreditamento provvisorio, con riferimento all'anno 2001.

L'appellante censurava la sentenza di primo grado per una serie di motivi, tra cui l'omesso accertamento dell'esistenza di causa di inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione di atto presupposto (Direttiva prot. 12dip/631 del 30 aprile 2001 dell'Assessore Regionale alla Sanità).

L'originaria parte ricorrente resisteva all'appello, chiedendone il rigetto ed in subordine, mediante appello incidentale, chiedeva la parziale riforma della sentenza appellata nella parte in cui la stessa aveva annullato i provvedimenti impugnati in prime cure soltanto sotto il profilo della tardività della loro adozione rispetto alla preventiva pianificazione sanitaria, ma non anche per la loro illegittima adozione in assenza di atto autoritativo regionale di programmazione della spesa sanitaria nel corso dell'anno.

Il Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana rimetteva all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione pregiudiziale relativa alla sussistenza, o meno, della giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle controversie

all'esame, a seguito del mutamento del criterio di riparto conseguente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004. Sul punto il Consiglio di Stato ritiene che la materia oggetto delle controversie in esame rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo. Per un verso infatti la determinazione da parte dell'amministrazione del tetto di spesa e la suddivisione di essa tra le attività assistenziali, costituisce esercizio del potere di programmazione sanitaria, a fronte del quale la situazione del privato è di interesse legittimo. Per altro verso, la determinazione in questione risulta riconducibile *ratione materiae* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di servizi pubblici.

Nel merito, per quanto di interesse in questa Rassegna, il Consiglio di Stato ritiene infondata la censura, assorbita dal giudice di primo grado e riproposta dagli appellati, relativa alla illegittimità degli atti originariamente impugnati per la mancanza di un previo provvedimento di programmazione della spesa sanitaria, mentre decide per la fondatezza delle censure avanzate dalla AUSL appellante ed accoglie gli appelli proposti.

In particolare, osserva infatti il giudice amministrativo come l'atto di programmazione in questione sussistesse al momento della adozione degli atti impugnati, non rilevando la circostanza che la pubblicazione dello stesso sia avvenuta solo in un momento successivo. L'atto di programmazione ora ricordato non ha infatti natura di atto normativo ed opera, perciò, una volta adottato, indipendentemente dall'avvenuta conoscenza legale da parte di tutti gli interessati; tale conoscenza non si pone quindi quale elemento costitutivo dell'efficacia del provvedimento, come avviene invece per gli atti recettizi.

Secondo l'Adunanza Plenaria, peraltro, non varrebbe neppure fare riferimento alla nuova disciplina introdotta dalla legge n. 15 del 2005 in considerazione del fatto che la vicenda in esame ha trovato svolgimento prima dell'emanazione di tale legge. Sul punto viene comunque in punto di fatto rilevato come l'amministrazione avesse previamente comunicato alle parti che l'atto di programmazione era stato adottato.

Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (ottobre 2009-marzo 2010)

di Paola Savona

SOMMARIO: 1. Invalidità ed efficacia del provvedimento. - 2. Revoca del provvedimento e clausole che escludono l'indennizzo. - 3. Illegittimità derivata e atto politico. - 4. Contratti ad esecuzione periodica e clausola di revisione dei prezzi. - 5. Diritto d'accesso. - 6. Risarcimento degli interessi legittimi pretensivi e discrezionalità. - 7. Concorsi pubblici.

1. *Invalidità ed efficacia del provvedimento*

Con sentenza n. 346 del 5 maggio 2009, il CGA, esclusa l'appartenenza al demanio marittimo di alcuni beni interessati dalla realizzazione di un porto turistico, annullava il provvedimento con cui la Capitaneria di Porto di Milazzo, previa autorizzazione dell'Assessorato territorio e ambiente, aveva concesso ad un'impresa privata la gestione degli stessi.

Sollecitato a dare integrale esecuzione a tale decisione, nel frattempo impugnata dall'amministrazione regionale e dall'impresa concessionaria con ricorso per cassazione, l'ARTA adottava un atto che, in via provvisoria e urgente, confermeva integralmente "sino alla definizione del contenzioso" la concessione annullata dal giudice amministrativo.

Adito in sede di ottemperanza, il CGA con sentenza **n. 401 del 19 marzo 2010** accoglie il ricorso, dichiarando la nullità del provvedimento confermativo adottato dall'amministrazione.

Chiarisce il Collegio che tutte le decisioni del giudice d'appello sono provvisoriamente esecutive e quindi suscettibili di immediata attuazione anche se impugate per motivi di giurisdizione. Lo si ricava dalla giurisprudenza amministrativa, ma anche, *a contrario*, dall'art. 44 della recente L. n. 69/2009, dove si prevede l'introduzione di "un procedimento cautelare innanzi al giudice amministrativo in caso di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato": la delega a introdurre nell'ordinamento un rimedio cautelare per sospendere l'esecuzione delle decisioni d'appello impugate con ricorso per cassazione presuppone una lacuna da colmare, cioè l'assenza di strumenti per paralizzare l'efficacia delle stesse, e dunque la loro piena esecutività.

Il provvedimento dell'ARTA, adottato in contrasto con la precedente decisione del CGA è, secondo il Collegio, irrimediabilmente affetto da nullità. La forma più radicale di patologia, affermano i giudici, ricorre sia nell'ipotesi di violazione del giudicato prevista dall'art. 21 *septies*, co. 1 della legge 241/1990, sia nel caso in cui l'amministrazione abbia violato gli obblighi nascenti da una decisione di appello soltanto esecutiva, perché anche in questa ipotesi sussiste un "comando giuridico che si impone inderogabilmente alle amministrazioni destinatarie, con il solo limite delle sopravvenienze di fatto e di diritto" (Cons. St, sez. V, 24 luglio 2007, n. 4136). Il triplice effetto (demolitorio, ripristinatorio e conformativo) scaturente da ogni pronuncia di annullamento priva l'amministrazione del potere di provvedere sulla medesima vicenda già vagliata in sede giurisdizionale in modo difforme dalla decisione dei giudici. Tale carenza di potere è, secondo il CGA, assimilabile ad un difetto di attribuzione, che è ugualmente causa di nullità.

Precisa infine il Collegio che, anche a prescindere dalle precedenti considerazioni, il provvedimento di conferma adottato dall'amministrazione regionale sarebbe comunque nullo per inesistenza dell'oggetto, poiché la concessione confermata era stata eliminata con effetto retroattivo a decorrere della pubblicazione della sentenza. Il provvedimento di secondo grado difetterebbe pertanto di un elemento essenziale, l'atto da confermare.

Con sentenza **n. 403 del 19 marzo 2010**, il CGA, confermando la decisione di prime cure, rigetta il ricorso proposto contro un atto di rimozione dalla carica di sindaco disposto dal Presidente della Regione ai sensi dell'art. 40 della legge 142/1990 (come recepito in Sicilia dalla legge regionale n. 48/1991) per gravi irregolarità nelle attività di gestione correlate alla carica.

Deduceva il ricorrente, tra l'altro, la nullità del decreto impugnato per inesistenza dell'oggetto, poiché l'atto di rimozione dalla carica, da considerarsi recettizio ai sensi dell'art. 21 *bis* della legge 241 del 1990, gli era stato comunicato in un momento in cui, avendo presentato le sue dimissioni irrevocabili, era già cessato dalla carica di sindaco.

Il Collegio respinge la censura di nullità dell'atto impugnato, contestandone le premesse, cioè l'applicabilità al decreto di rimozione della regola introdotta dall'art. 21 *bis*.

Secondo il CGA, l'atto di rimozione dalla carica di sindaco non ha natura recettizia perché non può considerarsi "limitativo della sfera giuridica dei privati". Tale provvedimento è rivolto "principalmente e direttamente contro l'ente civico", determinando la cessazione dell'organo monocratico apicale e "solo indirettamente" contro la persona fisica preposta all'organo, di cui limita il diritto di elettorato passivo impedendo l'immediata rieleggibilità a norma dell'art. 3, co. 4, l. r. 26 agosto 1992 n. 7. "La rimozione – affermano i giudici – viene primariamente in rilievo rispetto alla funzione pubblica estrinsecata dall'organo destinatario

e per la cessazione del *munus publicum* che determina; l'immediata efficacia del decreto trova pertanto giustificazione nella necessità che il sindaco si astenga da qualunque ulteriore esercizio di funzioni, oltre che nell'esigenza di procedere prontamente all'attivazione delle procedure preordinate alla sostituzione del soggetto preposto alla carica". L'invocata natura recettizia del decreto non è compatibile, secondo il CGA, con la celerità che caratterizza l'intera fattispecie. Al contrario, il differimento dell'efficacia di un atto amministrativo alla conoscenza che di esso abbia avuto il destinatario è da ritenersi ammissibile, salve le eccezioni previste dall'art. 21 bis della L. n. 241/1990, solo per quei provvedimenti (come quelli negativi diretti ai privati) che non hanno alcuna incidenza sullo svolgimento di funzioni pubbliche nevralgiche.

Non applicandosi l'art. 21 bis della legge n. 241/1990, conclude il Collegio, vale per il decreto impugnato l'ordinaria regola dell'immediata efficacia degli atti amministrativi, con la conseguenza che non sussiste la dedotta causa di nullità, giacché il provvedimento di rimozione, divenuto efficace prima delle dimissioni, non era privo dell'oggetto.

2. *Revoca del provvedimento e clausole che escludono l'indennizzo*

Il Comune di Sciacca autorizzava una società all'installazione di un chiosco nello spazio prospiciente la villa comunale per attività di informazioni turistiche e per la vendita di prodotti tipici. Il provvedimento conteneva una clausola che consentiva la revoca dell'autorizzazione e la pronta rimozione del fabbricato su semplice richiesta dell'amministrazione comunale "per esigenze di ordine pubblico o per manifestazioni pubbliche". In seguito il Comune, dapprima sospendeva gli effetti dell'autorizzazione, poi la revocava per la parte relativa alla vendita dei prodotti tipici e, infine, disponeva la rimozione del chiosco per il periodo relativo alla manifestazioni estive.

Il Tar Sicilia, Palermo, sez. II, con sentenza n. 1775 del 9 luglio 2007, adito dalla società titolare dell'autorizzazione revocata, premessa l'immediata applicabilità in Sicilia dell'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, condannava il Comune a corrispondere alla ricorrente un indennizzo pari alle spese sostenute per l'approntamento dell'attività.

In particolare, il giudice di prime cure respingeva le deduzioni dell'Amministrazione, che, in applicazione della clausola citata, negava che fosse dovuto alcun indennizzo, affermando che la revoca dell'autorizzazione era stata dettata da ragioni diverse da quelle che legittimavano il ricorso alla stessa. L'estraneità del provvedimento di autotutela dall'ambito applicazione della clausola, notava incidentalmente il giudice, esimeva dal dover esaminare la questione "relativa alla stessa possibilità, per l'amministrazione di inserire in un provvedimento (e dunque alla vincolatività di) una clausola contraria ad una norma di relazione

(quale quella contenuta nell'art. 21 *quinquies*, in punto di indennizzabilità degli effetti pregiudizievoli della revoca)" clausola che poteva considerarsi nulla per contrasto con norma imperativa.

Il CGA con decisione **n. 997 del 22 ottobre 2009** riforma la decisione di primo grado, ritenendo insussistenti nel caso di specie i presupposti per l'indennizzo.

Rileva il Collegio che, a prescindere dal problema della diretta applicabilità in Sicilia della legge 241/1990 nel testo novellato nel 2005 in assenza di formale recepimento, l'indennizzabilità può considerarsi "*principio immanente all'ordinamento, anche indipendentemente dalla formazione positiva*". Osserva però che non è configurabile un diritto all'indennizzo nel caso in cui il provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato (cui è da ricondurre l'atto che consente l'occupazione di uno spazio pubblico per lo svolgimento di un'attività) sia stato espressamente sottoposto alla condizione risolutiva, *ad nutum*, per la prevista possibilità di una nuova valutazione dell'interesse pubblico, del tutto rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, senza diritto all'indennizzo.

Tale è, ad avviso dei giudici, il caso in esame, dal momento che il provvedimento di autorizzazione, da un lato, riserva espressamente all'amministrazione un'ampia possibilità di revoca, dall'altro, espressamente esclude che il beneficiario possa avanzare dal Comune alcuna pretesa a titolo di indennizzo.

In tale contesto, spiega il CGA, la clausola contenuta nel provvedimento va interpretata estensivamente, alla stregua di una mera semplificazione e non anche in senso letterale e tassativo. E il riferimento alle esigenze di "ordine pubblico" va inteso in senso atecnico, come comprensivo di tutte le esigenze pubbliche connesse all'utilizzazione degli spazi di pertinenza comunale.

Nessun indennizzo è pertanto dovuto alla società in conseguenza dell'esercizio del potere di revoca da parte dell'amministrazione comunale, poiché "la sostanziale accettazione dell'atto, da parte della società, trasferisce nella sua sfera giuridica il rischio della nuova incompatibile riconsiderazione dell'interesse pubblico, senza che alcun indennizzo possa essere preteso e riconosciuto, per effetto di un potere di revoca espressamente previsto." Tanto più, conclude il Collegio, che le stesse modalità con cui era stata accordata al beneficiario la possibilità di occupare il suolo pubblico per l'esercizio dell'attività commerciale dovevano, quanto meno, far dubitare della mancanza di un'adeguata valutazione dell'interesse pubblico.

3. *Illegittimità derivata e atto politico*

Una società interessata a realizzare una rete UMTS nel territorio del Comune di Comiso, si rivolgeva al TAR Catania chiedendo l'annullamento del provvedimento con cui il Comune aveva respinto la sua istanza di autorizzazione all'in-

stallazione dell'impianto di telefonia cellulare e del Regolamento comunale per gli impianti di telefonia e telecomunicazione, nonché il risarcimento del danno. Il giudice adito respingeva il ricorso con sentenza n. 303 del 16 febbraio 2007, impugnata dalla società che ne denunciava l'erroneità per gli stessi motivi dedotti nel ricorso originario.

Annulato nelle more dalla stessa sezione del TAR Catania il regolamento del Comune di Comiso relativo agli impianti di telefonia con sentenze non appellate e passate in giudicato, la società appellante deduceva la sopravvenuta cessazione della materia del contendere in ordine all'impugnazione del regolamento comunale, ribadendo la permanenza dell'interesse all'annullamento del provvedimento individuale e all'azione risarcitoria.

Il CGA, con decisione **n. 1203 del 14 dicembre del 2009**, conferma *in parte qua* la sentenza di primo grado, giudicando legittimo il diniego di autorizzazione.

Ad avviso del Collegio, l'annullamento giurisdizionale dell'art. 3 del regolamento comunale nella parte in cui limita, indiscriminatamente, la localizzazione delle stazioni radio base in tutto il territorio urbanizzato, piuttosto che soltanto nelle aree cd. sensibili non incide nel giudizio, non potendosi desumere dalle sentenze di annullamento un effetto riflesso sul provvedimento attuativo, di tale portata da doversene dichiarare l'illegittimità derivata.

Al contrario, i giudici rilevano che le ragioni che hanno determinato il diniego dell'autorizzazione vanno ricercate, non già nell'art. 3 del regolamento in seguito annullato, quanto piuttosto, nelle opposizioni della popolazione, alle quali la Giunta ha aderito sulla base di una scelta di indirizzo squisitamente 'politico', come espressamente enunciato nella deliberazione impugnata. Anche quando, in relazione ad una delle richieste presentate, il parere contrario della Commissione Edilizia Comunale fa riferimento al contrasto con il regolamento in questione, la ragione ostativa che ne deriva può considerarsi, secondo il Collegio, ulteriore e aggiuntiva rispetto alle osservazioni dei cittadini contrari agli impianti, le quali, seppure traggono legittimazione dalla norma regolamentare, "tuttavia poggiano non già sui limiti stabiliti dal regolamento, quanto, piuttosto, come la stessa appellante riconosce e ammette nell'*irrazionale timore circa la dannosità alla salute alla salute delle emissioni elettromagnetiche.*"

Su tali premesse il Collegio nega che il diniego di autorizzazione possa considerarsi affetto da illegittimità derivata, posto che non si fonda sul regolamento impugnato, ma su una deliberazione della Giunta, che, su richiesta del Sindaco, ha espresso il proprio parere "annettendo prevalenza a ragioni di opportunità politica piuttosto che alla rigorosa applicazione delle disposizioni regolamentari", come si ricava dalla formula adoperata nella deliberazione impugnata, che mette in chiaro la natura di "*indirizzo politico*" della scelta di non autorizzabilità degli impianti, in considerazione delle manifestazioni di opposizione della cittadinanza.

4. *Contratti ad esecuzione periodica e clausola di revisione dei prezzi*

Una società affidataria del servizio di collegamento marittimo a mezzo di aliscafi tra la Sicilia e le isole minori in virtù di quattro contratti di durata quinquennale, a seguito dell'impennata dei prezzi del gasolio (con un variazione oscillante tra il 31% e il 68% rispetto al momento della partecipazione alla gara) chiedeva all'amministrazione regionale l'adeguamento dei contratti all'aumento dei costi del carburante. Facendo applicazione della clausola inserita negli stessi che prevedeva la revisione del prezzo "secondo l'indice del tasso di variazione medio annuo riferito ai dodici mesi precedenti, dei prezzi al consumo dell'intera collettività indicato dall'ISTAT", l'Assessorato liquidava all'impresa esclusivamente l'aggiornamento ISTAT, aumentando il contributo regionale nella misura dell'1.8%.

La Società, insoddisfatta dell'aumento concesso in ragione dell'esorbitanza dei costi del servizio preannunciava all'amministrazione regionale l'intenzione di interromperlo. La regione Sicilia disponeva quindi, con legge regionale 2005 n. 19, la corresponsione di un contributo *una tantum*, in dipendenza delle circostanze eccezionali che avevano determinato l'imprevedibile aumento del costo del carburante. La Commissione europea, cui il testo della legge regionale era inviato perché ne fosse valutata la compatibilità con la disciplina europea degli aiuti di Stato, giudicava la sovvenzione concessa nettamente inferiore al sovra costo conseguente all'aumento del prezzo del carburante sopportato dalle imprese.

Ritenendo comunque insufficiente il contributo, la società, facendo leva sul contenuto della nota della Commissione, si rivolgeva quindi al TAR Sicilia perché, previa dichiarazione della nullità della clausola di revisione dei prezzi contenuta nei contratti di servizio, riconoscesse all'impresa il diritto alla corresponsione di un compenso revisionale commisurato all'effettivo incremento del costo del carburante.

Il TAR adito respingeva il ricorso ritenendo la clausola contestata sostanzialmente conforme all'art. 6 della legge n. 357/1997 (come modificato dall'art. 44 legge n. 724/1994). Secondo i giudici, tale disposizione non avrebbe consentito un adeguamento del prezzo del servizio ancorato alle variazioni specifiche dei prezzi e dei costi delle componenti utilizzate (nella specie i costi del carburante). In difetto di pubblicazione da parte dell'Istituto di statistica dei dati relativi ai prezzi di mercato dei principali beni acquisiti dalle amministrazioni aggiudicatrici, il corretto criterio cui avrebbero dovuto rifarsi le amministrazioni appaltanti era quello di utilizzare il generale indice di variazione dei prezzi per famiglie di operai ed impiegati (cd. indice FOI) pubblicato mensilmente dall'ISTAT. Tale tesi, confermata dalla giurisprudenza amministrativa, avrebbe giustificato a maggior ragione la scelta dell'amministrazione di fare invece ricorso all'indice N.I.C., che misura l'inflazione a livello dell'intero sistema economico, includendo nel "paniere" anche le variazioni delle voci relative ai trasporti.

Il Collegio, ribaltando la decisione di prime cure, con decisione **n. 137 del 4 febbraio 2010** accoglie il gravame proposto dalla società per erroneità e palese ingiustizia alla luce della normativa interna (art. 44 della legge 724/1994) e di quella comunitaria vincolante per gli Stati membri e per la Regione.

Secondo il CGA, del tutto erroneamente il giudice di primo grado ha disatteso la censura di parziale nullità delle clausole revisionali, a fronte della inadeguatezza delle stesse, in seguito all'enorme rincaro del prezzo del gasolio, a garantire la copertura dei costi ed un ragionevole margine di profitto all'affidatario dei servizi oggetto dei contratti (esigenza affermata con riferimento alle imprese che gestiscono un servizio pubblico di trasporto dalla Corte di Giustizia, causa C. 280/00 del 24 luglio 2003). Inadeguatezza che è stata accertata in concreto, prima ancora che dalla consulenza di parte, dalla nota della Commissione comunitaria invocata dall'appellante, che rilevava l'incidenza assoluta e percentuale del prezzo del carburante sui complessivi costi aziendali.

Afferma il Collegio che il criterio applicato dall'Assessorato regionale e indicato dalla giurisprudenza non sembra compatibile con lo spirito e con la lettera delle disposizioni contenute nell'art. 6 della legge n. 537 del 1993, nel testo innovato. Premesso che, come correttamente indicato dalla giurisprudenza, l'obbligo di prevedere nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa clausole revisionali deve ritenersi immediatamente operativo anche in assenza di attuazione dei compiti assegnati all'ISTAT e che non può dubitarsi della inderogabilità delle disposizioni in parola (cui segue come corollario l'inserimento automatico e la nullità delle regole pattizie difformi), il CGA precisa che "altrettanto inderogabile" deve considerarsi la disposizione che fissa il procedimento attraverso cui l'Amministrazione deve pervenire alla revisione, che prevede il compimento di un'istruttoria affidata "ai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi".

Il riferimento, contenuto nel comma 6 alla "ricerca del miglior prezzo di mercato", sta a indicare, secondo il CGA, che l'attività che il dirigente responsabile dell'acquisizione di beni e servizi è chiamato a compiere non può legittimamente riferirsi alla generalità dei beni e dei servizi che confluiscono nel "paniere" di consumatori differenti dalle pubbliche amministrazioni, e neppure ai beni e servizi che non si trovino in rapporto di contiguità con quelli che afferiscono ad un determinato tipo di contratto, ma deve, al contrario, necessariamente rivolgersi all'accertamento dei "prezzi del mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle pubbliche amministrazioni", con riferimento specifico all'oggetto del contratto sul quale deve essere operata la revisione del prezzo. In altri termini, la norma richiede che sia posta in essere un'istruttoria che rilevi il prezzo e le sue variazioni incidenti sul compenso revisionale con riferimento ad una particolare categoria di consumatori (le pubbliche amministrazioni) e ad un oggetto o una tipologia di fornitura o di servizio coincidenti o assimilabili a quello su cui deve essere operata la revisione.

Il CGA conclude pertanto nel senso della parziale nullità della clausola

impugnata che, ancorando il compenso revisionale all'indice del tasso di variazione medio annuo riferito ai dodici mesi precedenti, dei prezzi al consumo dell'intera collettività, indicato dall'ISTAT, si pone in aperto contrasto con le finalità della norma volta, "da un lato ad assicurare, in linea di principio copertura dei costi e margini sufficienti di profitto e dall'altro a garantire la continuità della prestazione (come si evince dalla enucleazione dal testo della facoltà di recesso)". E indica quale modalità operativa da inserire in luogo della clausola nulla, il rilevamento su base annua, dell'andamento dei prezzi del carburante, desunto dal listino prezzi del Ministro dei trasporti, con riferimento ad analoghi contratti di trasporto.

5. *Diritto d'accesso*

Con sentenza n. 1440 dell'11 agosto 2009, il TAR Sicilia respingeva il ricorso proposto da una fondazione contro il diniego opposto dal Comune di Palermo e dalla Prefettura all'esibizione della corrispondenza intercorsa tra le stesse amministrazioni, sulla cui base era stata revocata l'assegnazione di un immobile a favore della ricorrente, ritenendo, conformemente ad un orientamento giurisprudenziale costante e consolidato, che l'informativa prefettizia rientrasse tra gli atti esclusi dall'accesso.

Il CGA, con l'arresto **n. 281 del 3 marzo 2010**, riforma la decisione di prime cure richiamando un suo recente precedente (**n. 406 dell'11 maggio 2009**), in cui si afferma che le informative prefettizie non possono considerarsi *ex se* sottratte all'accesso in quanto non comprese nell'art. 3 del decreto del Ministero dell'Interno 415/1994 e successive modifiche.

I casi di esclusione dal diritto d'accesso sono stabiliti con il regolamento previsto dal comma 6 dell'art. 24 della legge 214/1990, nonché con gli atti adottati dalle singole Amministrazioni ai sensi del comma 2 del medesimo art. 24. In difetto di esplicita e specifica inclusione delle informative prefettizie negli atti suindicati – osserva il Collegio – non è possibile negare l'accesso facendo generico riferimento all'art. 24, comma 6, lett. c. Tale disposizione infatti, si limita a sancire il potere del Governo di stabilire casi di sottrazione all'accesso anche *in subiecta materia* (prevenzione e repressione della criminalità, identità delle fonti di informazione della polizia, attività di P.G e conduzione di indagini), ma fino a quando non venga emanato il regolamento governativo contenente l'elencazione delle tipologie di atti sottratti all'accesso, "non è possibile sostituirsi o anticipare in via amministrativa le determinazioni riservate alla fonte normativa regolamentare."

Peraltro, rileva il Collegio, l'orientamento sostenuto nella decisione appellata pare contrastare con il diritto costituzionale alla difesa, dal momento che l'informativa, sottratta all'accesso e non acquisibile in giudizio, spiegherebbe i

suoi effetti nei confronti della persona cui si riferisce senza alcuna possibilità di contestazione e di controllo giurisdizionale.

Viene pertanto consentito l'accesso all'informativa prefettizia con le sole limitazioni ricavabili dall'art. 3 D.M. 415/1995, cioè quelle riguardanti le relazioni di servizio, gli autori delle stesse nonché le fonti di informazione, eventualmente da occultare attraverso l'apposizione di *omissis*.

Sempre in tema di diritto di accesso, si segnala la decisione **n. 108 del 4 febbraio 2010**, che riforma una sentenza con cui il TAR Sicilia aveva annullato il diniego di accesso opposto da Poste Italiane SpA ad un'istanza relativa alla documentazione contenente i dati anagrafici identificativi di un proprio correntista, traente di un assegno postale rimasto non pagato per mancanza di fondi.

Ricorda il Collegio come gli artt. 22 e 23 della legge 241/1990 in materia di diritto d'accesso siano applicabili non solo alla pubblica amministrazione in senso stretto, ma anche a tutti i soggetti di diritto pubblico e a quelli di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario e come il diritto di accesso riguardi non soltanto l'attività amministrativa, ma anche quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità (ad esempio in relazione ad atti di organizzazione del lavoro postale).

Per tali ragioni, osservano i giudici, la natura giuridica di Poste Italiane S.p.A. non incide di per sé negativamente sull'azionabilità del diritto d'accesso. Nel caso di specie difettano però i presupposti oggettivi del diritto d'accesso. L'accesso va limitato ad attività attinenti al servizio pubblico e a quelle ad esse strumentali, cui non è riconducibile l'atto adottato nella specie da Poste Italiane, relativo ad un contratto di conto corrente bancario posto in essere nell'ambito di un rapporto privatistico e contenente dati e informazioni non accessibili a chi non sia parte del rapporto.

6. *Risarcimento degli interessi legittimi pretensivi e discrezionalità*

Un ingegnere, escluso dalla rosa dei candidati al conferimento di alcuni incarichi di ingegnere dirigente presso il Comune di Palermo, otteneva dal giudice amministrativo l'annullamento del provvedimento di esclusione. A fronte dell'inerzia dell'amministrazione comunale ad ottemperare al giudicato, adiva nuovamente il giudice amministrativo, ottenendo un'altra decisione favorevole, che si rivelava però inutile, poiché l'atteggiamento dilatorio del comune di fatto impediva il rificamento della graduatoria per la scadenza del tempo previsto per l'espletamento degli incarichi. Si rivolgeva quindi nuovamente al TAR Sicilia per chiedere il risarcimento del danno derivante dall'illegittimo provvedimento di esclusione.

Con sentenza n. 78/08 del 21 gennaio 2008, respingeva il ricorso con la

motivazione che, trattandosi di interesse legittimo pretensivo “*a risultato non garantito*”, la pretesa risarcitoria non potesse trovare accoglimento.

Diversa è l'opinione del CGA, che con sentenza **n. 21 del 19 gennaio 2010** riforma la decisione di prime cure, condannando l'amministrazione al risarcimento del danno.

Osserva il Consiglio come, al fine di formulare una ragionevole *prognosi* che possa giustificare il risarcimento del danno, sia necessario considerare due aspetti: la consistenza del (residuo) potere discrezionale in capo all'amministrazione in ordine all'attribuzione degli incarichi a seguito della formazione del giudicato e l'atteggiamento elusivo tenuto dal Comune in seguito allo stesso.

In relazione al primo, i giudici notano che può considerarsi dato acquisito sia in dottrina che in giurisprudenza la circostanza che l'intensità del potere discrezionale intestato ad un determinato organo non può essere misurata in astratto, ma in relazione alle modalità concrete con cui si articola il processo decisionale. Ad es., un apparato pubblico, se in assenza di pianificazione e di criteri che predeterminano l'esercizio del potere avrà un margine di discrezionalità notevole, in presenza di un quadro definito avrà un grado di discrezionalità ridotto e, in certi casi, prossimo allo zero. Lo stesso avviene nel caso in cui l'esercizio del potere discrezionale sia stato sottoposto al sindacato del giudice: il cd. effetto conformativo della sentenza condiziona il successivo sviluppo dell'azione amministrativa, ridimensionando in concreto il potere discrezionale.

Ritiene il Collegio che, nel caso sottoposto al suo esame, le pronunce favorevoli incassate dal ricorrente, pur non eliminando ogni margine di discrezionalità della scelta, abbiano tuttavia rafforzato le *chance* del medesimo di ottenere l'incarico. Tale conclusione trova conferma anche nell'atteggiamento dilatorio tenuto dall'amministrazione comunale nella vicenda, che altrimenti rimarrebbe inspiegabile.

Sulla base delle superiori considerazioni, i giudici formulano un giudizio prognostico positivo in ordine alla risarcibilità dell'interesse legittimo vantato dall'appellante. Procedono quindi alla quantificazione del danno, valutato, in virtù della peculiarità del caso e dell'assoluta atipicità della fattispecie “in via assolutamente equitativa” (nella misura di 40.000,00 euro, oltre accessori di legge).

7. *Concorsi pubblici*

Con sentenza n. 1647 del 14 giugno 2004 il TAR Sicilia, sez. Catania respingeva il ricorso presentato da un docente escluso da un concorso per soli titoli indetto dalla Provincia regionale di Enna per la copertura dei posti disponibili nei licei linguistici della Provincia, perché non in possesso di un requisito, previsto dal bando in attuazione del regolamento di gestione dei suddetti licei, consistente nell'aver già prestato servizio per un determinato numero di ore nell'arco dell'ultimo triennio nelle stessi istituti.

Avverso tale decisione l'originario ricorrente proponeva appello, sostenendo l'illegittimità del requisito, non previsto da nessuna norma primaria e in contrasto sia con il sistema di reclutamento previsto per la nomina del personale docente dei corrispondenti istituti statali, sia, più radicalmente, con il principio del pubblico concorso, non derogabile da una norma secondaria.

Con decisione **n. 87 del 25 gennaio 2010**, il CGA conferma la sentenza impugnata, ritenendo infondati i motivi di censura dedotti dall'appellante in ragione della particolare posizione giuridica dell'ente che ha adottato il regolamento impugnato.

Secondo il Consiglio, la Provincia, ente locale dotato di autonomia costituzionalmente garantita, può disciplinare autonomamente rispetto all'ordinamento statale le modalità di assunzione del personale, i requisiti di accesso, nonché le procedure concorsuali, salvo i limiti discendenti direttamente dalla Costituzione o espressamente posti da norme di settore aventi natura di norme di principio o di riforma economico-sociale.

Il Collegio nega quindi che la Provincia dovesse attenersi alla normativa che regola il sistema di reclutamento dei docenti delle scuole statali, richiamando l'art. 35, comma 7 d. lgs n. 265/2000, a mente del quale il regolamento degli uffici e dei servizi dell'ente locale disciplina, tra l'altro i requisiti d'accesso e le procedure concorsuali, nel rispetto dei principi individuati dai commi precedenti e in particolare dal comma 3 (adeguata pubblicità della selezione; modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino l'economicità, adozione di meccanismi di valutazione oggettivi e trasparenti, composizione delle commissioni giudicatrici esclusivamente con esperti di comprovata esperienza, rispetto delle pari opportunità; decentramento delle procedure di reclutamento).

Il requisito previsto dal regolamento provinciale non può peraltro, secondo il giudice d'appello, ritenersi lesivo del principio del concorso pubblico come interpretato dalla Corte costituzionale. Ad avviso del Collegio infatti deve escludersi che la selezione concorsuale prevista dal regolamento impugnato fosse caratterizzata da "arbitraria ed irragionevole forma di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi", secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 16 maggio 2002, n. 194. Del resto, fa notare il CGA, è lo stesso giudice delle leggi che consente di restringere la platea dei partecipanti ai concorsi pubblici "in presenza di particolari situazioni che possano giustificarli per una migliore garanzia del buon andamento dell'Amministrazione" (sent. cit.)

Il giudice amministrativo conclude quindi nel senso della legittimità della procedura concorsuale impugnata, dal momento che questa "non attua una generale ed indiscriminata immissione in ruolo dei docenti al fine di sanare le situazioni di precariato, ma la subordina, oltre che al servizio reso per un significativo periodo temporale nell'arco dell'ultimo triennio, al possesso dell'abilitazione all'insegnamento e all'inserimento nelle graduatorie permanenti valide ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato presso le scuole statali della provincia di Enna."

Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali Speciale in tema di efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati

di Sara Forasassi*

SOMMARIO: 1. L'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 21 bis, legge n. 241 del 1990. - 2. Le modalità della comunicazione. - 3. I tempi della comunicazione. - 4. La mancata comunicazione.

In questa rassegna si riportano alcune recenti (e meno recenti) sentenze dei Tribunali amministrativi regionali sulla efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati.

Come è noto, solamente a seguito della riforma della legge n. 241 del 1990 ad opera della legge n. 15 del 2005, il legislatore ha generalizzato la regola del carattere recettizio dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati con l'introduzione dell'articolo 21 *bis*.

Al riguardo, si ritiene comunemente che la *ratio* della norma sia da ricercare nell'esigenza di partecipazione alla decisione finale dell'interessato, connessa con la possibilità per il medesimo di poter azionare i rimedi giurisdizionali offerti dall'ordinamento.

1. *L'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 21 bis, legge n. 241 del 1990*

Secondo quanto disposto *ex* articolo 21 *bis* della legge n. 241 del 1990, solamente il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista

* Borsista post doc presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa; STALS *Senior Assistant Editor* (www.stals.sssup.it); Invited Fellow, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law* (TICOM), University of Tilburg, collaboratore presso il Centro Studi per il Federalismo di Moncalieri. Desidero ringraziare Giacomo Delledonne e Marta Simoncini per i preziosi commenti. Questo scritto si intende concluso a fine ottobre 2009, quindi poche settimane prima dell'entrata in vigore del Trattato di Riforma di Lisbona.

efficacia nei confronti del suo destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata, deducendosi, a contrario, che i provvedimenti favorevoli o ampliativi (come le autorizzazioni) acquistano immediatamente efficacia e sono, quindi, immediatamente esercitabili. Sul punto, si veda **T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 04 aprile 2007, n. 1559** che ha giudicato infondato il ricorso contro l'annullamento della deliberazione, emessa dal Comune di Barge, con la quale era stata disposta la revoca di un'autorizzazione per l'esercizio di somministrazione di alimenti e bevande per decorso del periodo di 180 giorni dal rilascio senza che il ricorrente avesse dato avvio all'attività.

Rispetto al passato, l'introduzione della norma citata sembra, pertanto, aver ampliato il novero dei provvedimenti che debbono essere necessariamente comunicati per poter essere efficaci, non limitando la sua applicazione solamente agli atti recettizi.

Al riguardo, secondo il Giudice amministrativo il provvedimento che nega il rinnovo del permesso di soggiorno è soggetto all'articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990, sul carattere necessariamente recettizio degli atti sfavorevoli. Così si è pronunciato **T.A.R. Lombardia, Brescia Sez. I, 16 luglio 2009, n. 1512**.

La disposizione *de qua* resta, invece, estranea ai casi in cui, per incidere il provvedimento sull'attività di un organo amministrativo e solo in via indiretta sulla posizione dei soggetti che ne fanno parte, l'efficacia immediata del provvedimento medesimo si presenta connaturata alla funzione che questo riveste (**T.A.R. Emilia Romagna, Parma Sez. I, 21 maggio 2008, n. 256**). Il caso riguardava il provvedimento con cui era stato dichiarato decaduto un organo collegiale (nella specie, collegio dei revisori dei conti) per la sopraggiunta inidoneità strutturale dello stesso. Il Tribunale ha sottolineato come il provvedimento in parola reca in sé l'immediata preclusione ad ogni ulteriore attività collegiale e, quindi, non può che essere subito efficace nei confronti di chiunque ne subisca un qualche effetto lesivo, tanto più se si tratta di un componente dell'organo, chiaramente privo del titolo a svolgere le sue funzioni già prima della formale comunicazione dell'Amministrazione.

2. *Le modalità della comunicazione*

L'articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990, nel subordinare l'efficacia dei provvedimenti amministrativi limitativi della sfera giuridica dei privati alla comunicazione personale ai destinatari dei medesimi, non richiede tassativamente che tale comunicazione avvenga mediante notifica (salvo nel caso di irreperibilità), e quindi risultano implicitamente ammessi tutti i mezzi di comunicazione idonei allo scopo. In questo senso si è espresso **T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 8 ottobre 2008, n. 737**.

Il legislatore ha anche previsto l'ipotesi in cui il provvedimento debba esse-

re comunicato ad un numero di destinatari tali per cui non sia possibile o risulti particolarmente gravosa la comunicazione personale, riconoscendo alla Pubblica Amministrazione procedente la possibilità di provvedere mediante forme di pubblicità idonee.

Al riguardo si richiama **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 luglio 2008, n. 7486** avente ad oggetto l'impugnazione, da parte di tutti i laboratori di analisi cliniche per l'assistenza specialistica ambulatoriale con sede nella provincia di Roma ed operanti in regime di accreditamento provvisorio, della delibera della Regione Lazio n. 143 del 22.3.2006 in ordine alla "Ripartizione nei livelli di assistenza del fondo sanitario regionale 2006. Finanziamento del livello assistenziale ospedaliero e definizione del sistema di remunerazione delle prestazioni ospedaliere dei soggetti erogatori pubblici e privati per l'anno 2006. Finanziamento e definizione del sistema di remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale e delle attività di assistenza riabilitativa territoriale". In particolare, ai fini che ivi interessano, si sottolinea come il Collegio abbia ritenuto infondato il motivo di doglianza con cui è stata prospettata la violazione dell'articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990, sul presupposto che la gravata delibera regionale di fissazione dei tetti di spesa per ciascuna struttura accreditata fosse stata solamente pubblicata sul BUR ma non notificata in alcun modo alle suddette strutture. Il Giudice amministrativo, dopo aver dato atto che la mancata notifica di un provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati è causa di inefficacia e non di illegittimità dello stesso (si veda *infra*), osserva che il richiamato articolo 21 *bis* prevede espressamente che nel caso in cui, per il numero dei destinatari, la comunicazione personale sia impossibile o risulti eccessivamente gravosa, l'Amministrazione possa utilizzare idonee forme alternative di pubblicità. Tale ultima situazione è stata riscontrata nella vicenda trattata, rispetto alla quale, proprio in ragione dell'elevato numero dei soggetti interessati, è stata disposta la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale Regionale, né gli istanti hanno in alcun modo dimostrato l'inidoneità di tale pubblicazione ad assicurare la conoscenza della contestata delibera.

Giova, inoltre, in questa sede richiamare l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la condizione prevista dal comma 1 dell'articolo 21, legge n. 1034 del 1971 (conoscenza dell'atto) si realizza mediante la trasmissione via fax del provvedimento, pertanto è da quella data che l'interessato ha l'onere di proporre ricorso giurisdizionale. In argomento, si veda **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 16 gennaio 2008, n. 238** che ha osservato come: "la comunicazione via fax di un provvedimento – quale strumento basato su linee di trasmissione di dati e su apparecchiature che consentono di documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente sia, attraverso il c.d. rapporto di trasmissione, la ricezione del messaggio in quello ricevente – è idonea, in carenza di espresse prescrizioni che dispongano altrimenti, a determinare la piena conoscenza del provvedimento stesso e a far decorrere i termini perentori

di legge, a nulla rilevando la circostanza che l'Amministrazione provveda in un secondo momento alla comunicazione per mezzo posta del medesimo provvedimento e che il ricorso risulti tempestivo rispetto a questa ultima comunicazione". Nel caso sottoposto all'attenzione del Giudice, la causa di esclusione da una gara di appalto era stata trasmessa via fax a un numero espressamente indicato dalla ricorrente, circostanza a cui il Collegio ha riconosciuto valore di elezione di domicilio ai fini della ricezione delle comunicazioni inerenti alla selezione.

3. *I tempi della comunicazione*

Nel disciplinare le forme attraverso le quali la Pubblica Amministrazione deve provvedere a comunicare il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, il legislatore non ha indicato i tempi entro i quali l'Autorità deve procedere.

In altre parole, non emerge da quanto disposto all'articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990, se la comunicazione debba avvenire entro il termine previsto per la conclusione del procedimento o anche in un momento successivo.

Si richiama in proposito, **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 6 dicembre 2006, n. 13919**: "Ai sensi dell'articolo 21 *bis*, legge 7 agosto 1990 n. 241, il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti del destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata. Infatti, una cosa è la perfezione del provvedimento, *id est* la sua adozione, rilevante ai fini del rispetto del termine finale del procedimento, altra cosa è l'efficacia, ovvero l'idoneità a produrre effetti dello stesso, con tutte le conseguenze connesse alla sua eventuale omissione".

Nello stesso senso si è pronunciato **T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 7 giugno 2006, n. 3288**. In particolare, il Collegio ha sottolineato che, in tema di annullamento da parte della Soprintendenza del nulla osta paesaggistico rilasciato dal comune, *ex* articolo 159, decreto legislativo n. 42 del 2004, il 'nuovo' articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990 non ha comportato il superamento del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione della documentazione completa da parte della Soprintendenza, l'Autorità statale debba soltanto adottare l'atto e non anche comunicarlo all'interessato. Ed infatti, prosegue il Tribunale, anche a voler ritenere che si tratti di un c.d. "atto recettizio a comunicazione individuale", non può trascurarsi l'inequivoco disposto normativo dell'articolo 159 secondo il quale entro il termine di legge l'Amministrazione è tenuta ad adottare un atto perfetto, ben potendo la comunicazione nei confronti dell'interessato intervenire in un secondo momento, secondo il consolidato approccio bifasico in tema di atti recettivi in base al quale le vicende relative all'adozione ed all'acquisto di efficacia di atti giuridici possono essere prodotte in tempi diversi. Ancora, nella pronuncia richiamata si legge:

“È infatti noto che l’ordinamento ammetta pacificamente ipotesi in cui le vicende relative all’adozione ed all’acquisto di efficacia di atti giuridici siano prodotte in tempi diversi, prevedendo un termine per l’adozione dell’atto ed un diverso termine per la sua comunicazione all’interessato, laddove il primo termine viene previsto dalla legge al fine della consumazione del potere pubblicistico ed il secondo viene previsto al duplice fine (da un lato) di produrre effetti nei confronti del destinatario e (dall’altro) di costituire *terminus a quo* per l’eventuale impugnativa dell’atto pregiudizievole”.

Con riferimento al decorso dei termini per l’impugnazione del provvedimento dall’avvenuta comunicazione dello stesso, si richiama **T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 27 maggio 2009, n. 1073** che ha osservato come il termine di impugnazione di un atto di aggiudicazione definitiva debba decorrere dalla piena conoscenza dello stesso. Ed, infatti, sottolinea il Giudice, solo una volta che l’adempimento della comunicazione del provvedimento lesivo sarà stato effettuato potrà dirsi realizzata la presunzione di piena conoscenza dell’atto da parte del soggetto interessato. Sul punto, si rileva: “d’altro canto un forte richiamo alla necessità che tutti gli atti amministrativi – pregiudizievoli o recanti un effetto limitativo della sfera giuridica del destinatario – debbano essere portati alla personale conoscenza di quest’ultimo per essere efficaci, proviene dall’articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990, il quale ha imposto la preventiva comunicazione dell’atto (limitativo della sfera del destinatario) perché esso possa ritenersi giuridicamente efficace”. Interessante si palesa la sentenza richiamata anche laddove riferisce in ordine agli orientamenti giurisprudenziali formati con riguardo al momento in cui comincia a decorrere il termine per l’impugnativa del provvedimento lesivo. In particolare, secondo l’orientamento maggioritario il termine comincia a decorrere, per l’interessato, dalla conoscenza dell’insieme degli elementi essenziali del provvedimento lesivo (autorità emanante, data, contenuto dispositivo e effetto lesivo) senza che sia necessaria la puntuale conoscenza e/o consapevolezza dei vizi che inficiano l’atto medesimo (*ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 8/9/2008, n. 4259). Si ritiene, infatti, che la conoscenza degli elementi essenziali costituisca in capo al destinatario del provvedimento un onere di immediata impugnazione, fatta salva la possibilità di proporre motivi aggiunti ove dalla conoscenza integrale del testo (o degli atti presupposti) emergano ulteriori profili di illegittimità. La *ratio* si rinviene nell’esigenza che i rapporti di diritto pubblico debbano al più presto divenire certi e definitivi e ciò verrebbe compromesso ove si dovesse far risorgere la possibilità di ricorrere per il semplice fatto di una successiva acquisizione delle ragioni del provvedimento. Dopo aver dato conto delle ragioni su cui si fonda l’indirizzo in parola, il Collegio aderisce all’orientamento minoritario, meno rigoroso e più attento alle esigenze di tutela del soggetto che si assume leso, secondo il quale, al fine della decorrenza del termine di impugnazione, non basta la mera notizia della sua esistenza e del suo carattere sfavorevole per il destinatario ma occorre la cono-

scenza del suo contenuto. Si ritiene, infatti, che, prima di accollarsi i costi di un'impugnazione, sia necessario poter conoscere se l'atto è o meno affetto da vizi valorizzabili in sede giurisdizionale, anche sul presupposto che un provvedimento sfavorevole non sia conseguentemente illegittimo (Consiglio di stato, Sez. IV, 8/2/2007, n. 522). Il Tribunale amministrativo riporta, infine, la sentenza del Consiglio di stato testè richiamata nella parte in cui si legge: "È bensì vero che secondo una parte della giurisprudenza di questo Consesso, ai fini della piena conoscenza di un provvedimento lesivo non è necessario che esso sia conosciuto nella sua integralità e cioè in tutti i suoi elementi, ma è sufficiente la concreta percezione di quelli essenziali, posto che la successiva completa cognizione di tutti gli aspetti del provvedimento può consentire la proposizione di motivi aggiunti, tuttavia si deve ritenere che gli elementi essenziali del provvedimento devono comunque consentire di percepirne almeno alcuni vizi, e non solo il carattere sfavorevole per il destinatario".

4. *La mancata comunicazione*

Il nuovo articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990, nel recepire gli indirizzi formulati nel tempo dalla giurisprudenza, chiarisce formalmente che la mancata valida comunicazione di un atto ne preclude l'efficacia (e quindi l'esecuzione) ma non incide sulla sua validità. In questo senso si veda *ex multis* **T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 03/07/2009, n. 1774**. Oggetto della pronuncia è l'impugnazione del provvedimento con il quale il Comune di San Pietro Vernotico inibiva la realizzazione di un impianto fotovoltaico. In particolare, il ricorrente lamentava, tra le altre, la violazione delle disposizioni in materia di comunicazione degli atti amministrativi, motivo ritenuto infondato dal Giudice amministrativo che si è pronunciato affermando: "Ed infatti, per quieta giurisprudenza (cfr. Tar Veneto, sez. I, 5 aprile 2006, n. 821) il vizio della notifica non determina la illegittimità del provvedimento sottostante ma soltanto la sua opponibilità, dal momento che la notifica costituisce forma qualificata di comunicazione degli atti amministrativi senza tuttavia formarne elemento costitutivo: essa può quindi incidere soltanto sulla opponibilità dell'atto ai fini della sua legale conoscenza oppure della sua esecuzione". Nel caso di specie il ricorrente aveva, peraltro, dato dimostrazione di avere comunque ricevuto la richiesta istruttoria inviata dall'Amministrazione resistente.

Ugualmente si è espresso **T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 13 marzo 2009, n. 1910**: "L'eventuale vizio della notificazione (a mezzo posta) del provvedimento impugnato può comportare la nullità della notificazione stessa, ma non la nullità e/o l'illegittimità del provvedimento, che resta perfetto ed esistente, concernendo la notificazione dell'atto amministrativo – secondo le regole generali – non già la fase costitutiva, ma quella integrativa dell'efficacia dell'atto

stesso. In questo senso depone espressamente l'articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990, da cui si ricava che la comunicazione al destinatario del provvedimento, pure nelle forme dettate per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal c.p.c., è condizione di efficacia, non di validità, del provvedimento amministrativo”.

Al riguardo si veda anche **T.A.R. Sicilia, Catania, 7 aprile 2008, n. 627**: “La mera omessa notifica del provvedimento esula dal concetto di silenzio – inadempimento, inteso quale illegittima mancata conclusione del procedimento amministrativo. L'articolo 21 *bis*, legge n. 241 del 1990 configura la comunicazione dei provvedimenti amministrativi ai relativi destinatari come elemento incidente solo sull'efficacia dell'atto, e non quale requisito sostanziale di esistenza dello stesso. Coerentemente, il difetto di comunicazione non è annoverato tra i vizi di nullità o di annullabilità del provvedimento amministrativo previsti dagli articoli 21 *septies* e 21 *octies* della richiamata legge sul procedimento amministrativo”.

Hanno collaborato a questo numero:

Francesco Astone

Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Messina

Maria Cristina Cavallaro

Associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Marcello Cecchetti

Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Sassari

Alfonso Celotto

Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi "Roma Tre"

Gregorio De Vinci

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Savatore Dettori

Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Teramo

Sara Forasassi

Dottore di ricerca in Diritto pubblico

Laura Lorello

Ordinario di diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Palermo

Giuseppe Martinico

Borsista post doc presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Paola Savona

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo

Antonella Sciortino

Ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo

Mario Serio

Ordinario di diritto privato comparato dell'Università di Palermo

Mario R. Spasiano

Ordinario di Diritto amministrativo nella Seconda Università di Napoli

Antonio Leo Tarasco

Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università Federico II di Napoli

Giuseppe Verde

Ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo

Finito di stampare nel mese di giugno 2010
presso Arti Grafiche Solimene s.r.l. - Casoria (Na)
per conto di Editoriale Scientifica s.r.l.

