

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXX – Nuova serie

N.1/2021 (gennaio-aprile)

INDICE

MARIA IMMORDINO		
	<i>Editoriale</i>	3
SAGGI		
GUIDO CORSO		
	<i>Silenzio assenso: il significato costituzionale</i>	9
FABIO MERUSI		
	<i>La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione</i>	21
RAFFAELE PICARO		
	<i>Gli Organismi Indipendenti di Valutazione ed il Ciclo di misurazione e gestione della Performance nelle Amministrazioni centrali dello Stato, tra ottimizzazione del risultato organizzativo ed attuazione dei valori costituzionali</i>	35
ARISTIDE POLICE		
	<i>Enti Pubblici di Ricerca ed Università: le persistenti ragioni di una differenziazione e le indifferibili esigenze di uno sforzo comune</i>	65

PIER LUIGI PORTALURI		
	<i>Contro il prossimalismo nel governo del territorio</i>	81
ANTONIO RUGGERI		
	<i>Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell'emergenza (prime notazioni)</i>	113
FRANCO GAETANO SCOCA		
	<i>L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo</i>	135
MARIO R. SPASIANO		
	<i>Una riflessione su Giambattista Vico e il diritto amministrativo</i>	163
GIUSEPPE VERDE		
	<i>Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la riforma della giustizia</i>	169
ISABELLA M. LO PRESTI		
	<i>Le Costituzioni partecipate nell'area andina. Esperienze costituenti a confronto in vista dell'elezione dell'Assemblea costituente cilena</i>	205

LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA

ROBERTA LOMBARDI, FABRIZIA SANTINI		
	<i>La Corte Costituzionale si pronuncia in tema di comparto e "terapie salvavita": crisi della fattispecie e innalzamento dei criteri interpretativi dalla legalità al diritto</i>	233
LIVIA LORENZONI		
	<i>Valutazioni tecniche e giudice amministrativo. Il caso delle comunicazioni elettroniche</i>	245

L'ANGOLO DELLE LIBERTÀ

MARIA IMMORDINO		
	<i>Note sparse su un libro dedicato alla tesi di laurea di Giovanni Falcone</i>	279

Editoriale

di Maria Immordino

Correvano i primi anni Novanta del secolo scorso quando Franco Teresi e Guido Corso, legati da antica amicizia e da profonda assonanza scientifica, discutendo del panorama editoriale del diritto pubblico, costituzionale e amministrativo, ritennero opportuno dar vita ad una nuova rivista giuridica volta a colmare un vuoto assolutamente rilevante nel dibattito costituzionale e non solo, rimasto sino ad allora privo di specifiche iniziative: l'autonomia.

Ma poteva parlarsi di autonomia o, piuttosto, la poliedricità del termine imponeva l'uso del plurale, le autonomie, se è vero che già l'ampia gamma di autonomie richiamate in Costituzione induceva a deporre più correttamente in tal senso: l'autonomia individuale in forma singola e associata, l'autonomia istituzionale, l'autonomia regionale, l'autonomia locale, l'autonomia delle confessioni religiose, l'autonomia universitaria, l'autonomia sindacale, l'autonomia dell'iniziativa economica privata, l'autonomia dei partiti politici, l'autonomia delle magistrature.

D'altronde, la riflessione era sì sospinta da Teresi costituzionalista, ma lo studioso, con le sue molteplici sensibilità culturali e sociali, era lo stesso *ex* attivista della Fuci, lo studioso che si nutriva di dottrina sociale della Chiesa, della lettura di autori di dottrina cristiano-sociale quali Maritain, Gilson, Mounier per i quali le società intermedie e il principio di sussidiarietà, forme espressive tipiche delle autonomie, costituivano i fondamenti di un approccio ideale molto vivo in quegli anni.

Guido Corso fu d'accordo. Di diversa formazione culturale, egli non mancò di ricordare all'amico che qualcosa di simile lo aveva promosso, prima di quegli studiosi, un altro francese, Tocqueville, che nella varietà del mondo dell'associazionismo coglieva persino le ragioni più profonde e peculiari della vitalità della società americana se poteva scrivere "Se un albero cade e ostruisce una strada, gli europei si rivolgono al municipio perché risolva il problema; negli Stati Uniti d'America, i vicini si sbracciano e, cooperando fra loro, rimuovono il tronco".

Se questa cornice, ricca di afflatti culturali di un pensiero non disposto a radicarsi ad un Paese, propenso, piuttosto, a riflettere la "diversità" nelle sue infinite e ricche componenti possibili, proprie del genere umano, induceva ad adoperare il termine "Autonomie", tanto non bastava. Bisognava trovare un aggettivo che riprendesse il senso della originalità della impostazione ricercata. Da qui, solo lentamente, maturò il termine "Nuove": un tributo al "nuovismo" che imperversava al tempo, un residuo dell'idea di progresso, quella stessa pur talvolta oggi messa in discussione, come ricorda Gennaro Sasso, sulla base dell'esperienza del terribile ventesimo secolo.

Ma Teresi e Corso, per loro stessa ammissione, pur abili pensatori, non avevano dimestichezza per le cose pratiche: occorreva qualcuno che tramutasse un'idea in un progetto. Con l'umiltà propria di chi è consapevole dei propri limiti, i due decisero di affidarsi così all'iniziativa di Danilo Pupillo, sodale di entrambi, persona che univa in sé un carattere adorabile, un'ampia esperienza amministrativa e, soprattutto, una notevole capacità imprenditoriale.

Ecco, esattamente così è nata "Nuove Autonomie" che da allora non ha mai cessato di offrire il proprio contributo originale agli studi di diritto pubblico, amministrativo e costituzionale.

Due dei fondatori, come noto, Franco Teresi e Danilo Pupillo, non ci sono più. Anche alla loro grata e cara memoria si richiamano quanti oggi dedicano nuove cure ed energie, nuova veste editoriale alla "loro" creatura.

Sarebbe tuttavia davvero grave e ingiusto, oltre che errato, se non ricordassi in questa sede che quando Guido Corso, Franco Teresi e Danilo Pupillo fondarono la Rivista, essi non erano soli. Da giurista, ma ancor prima da donna, il ricordo mi rende particolarmente orgogliosa: a loro, infatti, si affiancava, discreta, generosa e instancabile, Maripina Terrasi, la cui vita e storia accademica per molti anni si sono strettamente intrecciate con quella della Rivista.

Maripina Terrasi non solo partecipò attivamente da subito all'iniziativa quale componente del Comitato di Redazione, ma ben presto divenne il vero motore della nuova Rivista, la coordinatrice scientifica ed editoriale. La sua intensa attività, contrassegnata da quella particolare passione che animava sempre ogni sua azione, fu fondamentale per lo sviluppo e il consolidamento della iniziativa editoriale nel panorama giuridico nazionale; il suo gentile e fermo piglio di donna consentì il superamento di momenti difficili che probabilmente avrebbero indotto all'abbandono dell'impresa.

Il rapporto del cittadino con i poteri pubblici, il ruolo della persona e della società civile, la consapevolezza che il diritto non potesse "navigare" in forma isolata, dovendo piuttosto confrontarsi e integrarsi *in primis* con le discipline della scienza dell'amministrazione, poi con lo studio comparato degli ordinamenti di altri Paesi, questi ed altri fattori segnarono un punto decisivo nello sviluppo della linea editoriale della Rivista, una traccia che tuttora continua ad ispirarne la linea scientifica, i suoi campi prediletti di investigazione.-

Anche Maripina Terrasi oggi non c'è più. A Lei che, ne siamo certi, oggi approva e sostiene il nuovo progetto editoriale che tocca la "sua" Rivista, va la nostra più profonda gratitudine, che non è solo scientifica, ma si estende all'averci insegnato come si fa una Rivista: quale la cura del tratto umano, quale la garanzia della libertà di espressione del pensiero, quale l'interesse paritario nei confronti dei grandi e dei più giovani studiosi. Di questo fruttuoso e instancabile contributo noi tutti della Direzione, del Comitato scientifico, della Redazione, le siamo e le saremo sempre fortemente riconoscenti.

La storia di Nuove Autonomie, da lì in poi, su quei fondamenti ideali e su quelle prassi comportamentali, è storia dei nostri giorni.

La Rivista è cresciuta, e molto, negli ultimi anni. Dal riconoscimento ANVUR quale Rivista di classe A, passaggio prestigioso e importante al quale ci siamo dedicati tanti di noi, all'ampliamento dei suoi organi scientifici, direttivi ed editoriali.

Oggi *Nuove Autonomie* vede l'apporto collaborativo di numerosi colleghi e studiosi di fama nazionale e internazionale, provenienti da sedi universitarie italiane e straniere.

La veste grafica della Rivista è oggetto di costante cura ma soprattutto, mi sia permesso, essa è munita di un'eccellente Redazione alla quale con inusitata passione, considerati i tempi in corso, dedicano a turno la loro preziosa opera cinque valenti studiosi, in veste di coordinatori, rispondenti ai nomi di Marco Calabrò, Elisa Cavasino, Cristiano Celone, Nicola Gullo e Anna Simonati: principalmente a loro va attribuito il merito del passaggio dalla tradizionale veste editoriale stampata a quella digitale, con accesso aperto e gratuito per tutti.

Permane integra la *ratio* ispiratrice dell'iniziativa editoriale e immutati sono gli obiettivi tracciati dai suoi fondatori. C'è in più solo la consapevolezza che le nuove modalità di pubblicazione potranno consentire di arrivare ad una platea pressoché illimitata di lettori, di raggiungere le più diverse sedi accademiche e istituzionali in tutto il mondo. E questo, naturalmente, infonde in noi tutti un sano orgoglio.

La Rivista si arricchisce di due nuove rubriche.

“La dottrina dialoga con la giurisprudenza” e “L'angolo delle libertà”.

La prima, che affonda le radici nella antica e quanto mai rilevante esperienza delle note a sentenza, si connota tuttavia per essere destinata ad ospitare i contributi di studiosi che, partendo da una o più decisioni giudiziali particolarmente interessanti e significative, approfondiscono le questioni teoriche che le sorreggono. Questo spazio, destinato ad ospitare saggi di meta-giurisprudenza, è pensato come un'importante occasione di dialogo costruttivo e di confronto tra scienza e giurisprudenza onde favorire effetti ermeneutici ed applicativi di tipo evolutivo.

La seconda è una rubrica, certo, ma intende essere anche, senza enfasi, un “luogo dell'anima”, un ambito editoriale ove donne e uomini di scienza, giuristi, artisti, personalità della cultura e delle professioni, possano esprimere idee e punti di vista su tematiche di ampio interesse generale e impatto sociale inerenti alle libertà non solo individuali, al di fuori di qualsiasi schema preconstituito e di forme di controllo. Il contenuto degli scritti non implica, da parte della Rivista e dei suoi organi, la necessaria condivisione di quanto ivi verrà espresso.

Siamo ora pronti al varo di quella barca che, nella sua rinnovata edizione, permane salda e coerente nei propri elementi fondanti. Affidiamo alla benevolenza dei lettori il giudizio, fiduciosi di compiere in ogni caso un'operazione editoriale a difesa della libertà di espressione del pensiero giuridico, e non solo: e una crescita di libertà, è sempre un bene per tutti.

Saggi

Silenzio-assenso: il significato costituzionale

di Guido Corso*

1. a) La legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) sin dalla versione originaria suddivide i procedimenti autorizzativi in tre specie.

Quando dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e requisiti di legge, in assenza di un contingente complessivo e senza l'esperimento di prove (per. es. le prove richieste per ottenere la patente di guida), l'autorizzazione viene sostituita da una dichiarazione d'inizio d'attività. All'assenso preventivo viene sostituito il controllo successivo dell'autorità: volto a verificare se effettivamente l'attività oggetto della dichiarazione rientri in quello schema (art. 19).

Al di fuori di questa ipotesi l'autorizzazione viene regolata in due modi diversi. O rimane in vigore il regime vigente, così che il privato non può svolgere l'attività se non ottiene l'assenso dell'autorità e fino a quando non lo ottiene, qualunque sia il momento in cui l'assenso interviene; ovvero, decorso il termine per la conclusione del procedimento, senza che l'amministrazione si pronunci, l'autorizzazione si intende rilasciata.

Questo secondo schema costituisce un'eccezione alla regola (che è l'altra, quella tradizionale); e opera nei casi che sono individuati dal Governo con un regolamento *ex art.* 17, co. 2, l. n. 400/1988 (art. 20, l. n. 241).

La norma contiene implicitamente una risposta alla domanda; può l'amministrazione, dopo che l'atto d'assenso è stato tacitamente rilasciato, negarlo con provvedimento espresso?

Nell'ultimo periodo dell'art. 20, co. 1 (stiamo parlando sempre del testo originario) si legge che «sussistendo» le «ragioni di pubblico interesse», l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, a meno che, ove sia possibile, l'interessato non provveda a sanare i vizi. Quello che l'amministrazione può fare, scaduto il termine, è annullare d'ufficio l'atto tacito. Ciò presuppone che col decorso del termine sia venuto in vita un vero e proprio provvedimento amministrativo (il cui contenuto è mutuato dalla domanda del privato e dalla eventuale documentazione allegata); l'annullamento d'ufficio colpisce per definizione un provvedimento preesistente. Quello che l'amministrazione, invece, non può fare è respingere la domanda di autorizzazione dopo che questa si intende tacitamente rilasciata per essere scaduto il termine per la conclusione del procedimento. Non può farlo perché il provvedimento già c'è: l'unico intervento ammesso non è il rigetto di una domanda che deve intendersi già accolta (con effetto preclusivo di una nuova determinazione sulla stessa

* Saggio non sottoposto a referaggio.

domanda), ma l'annullamento d'ufficio che richiede non soltanto l'accertamento della infondatezza della richiesta originaria, ma anche l'esistenza di quelle ragioni di interesse pubblico che devono sorreggere l'esercizio dei poteri di autotutela.

b) Nel 2005, l'art. 20 viene modificato (dall'art. 3, d.l. n. 35/2005 conv. dalla l. n. 80/2003).

Il silenzio-assenso da eccezione diventa regola, mentre l'autorizzazione espressa, senza la quale l'attività non può essere avviata, diventa l'eccezione.

Almeno in apparenza. In realtà le eccezioni alla nuova regola sono così numerose da giustificare il dubbio che, ad onta della nuova formulazione, di vera e propria regola si tratti. Il silenzio-assenso, infatti, non trova applicazione ai procedimenti in materia di patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, rischio idrogeologico, difesa nazionale, immigrazione, pubblica sicurezza, asilo e cittadinanza, salute, pubblica incolumità; ma anche nei casi in cui la normativa comunitaria richiede un provvedimento amministrativo formale e negli ulteriori casi individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Sull'atto di assenso tacito l'amministrazione può esercitare i poteri di autotutela, così come per la prima volta disciplinati dalla legge (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, inseriti dalla l. n. 15/2005): può disporre non soltanto l'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*), ma anche la revoca, non contemplata nella versione originaria dall'art. 20.

c) Nel 2015 la disciplina del silenzio-assenso viene nuovamente ritoccata. Il criterio per individuare i casi di silenzio-assenso è modificato. Non si procede per risulta, come fino allora (il silenzio-assenso opera nei procedimenti autorizzativi purché non riguardino le materie e gli ambiti in cui tale congegno è esplicitamente escluso); si prevede che una norma individui i casi in cui il silenzio-assenso è ammesso. L'art. 5 della l. n. 124/2015 delega il Governo a compiere questa operazione, determinando i casi in cui è sufficiente la segnalazione certificata di inizio di attività o la mera comunicazione preventiva (così viene articolato il modello originario della dichiarazione di inizio di attività), i casi nei quali trova applicazione il silenzio assenso e i casi in cui permane la necessità dell'autorizzazione espressa.

Per la SCIA si è provveduto col d.lgs. n. 126/2016 e per il silenzio-assenso col d.lgs. n. 222/2016.

La legge n. 124/2015 stabilisce anche un limite temporale all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (18 mesi) dagli atti autorizzativi; limite che ovviamente opera anche quando l'autorizzazione è stata rilasciata in modo tacito.

Nello stesso tempo sono aggravate le condizioni per l'esercizio dei poteri di autotutela. L'autorità deve tener conto non soltanto della illegittimità dell'atto e dell'interesse pubblico alla sua rimozione, ma anche dell'interesse dei destinatari e dei terzi: interessi che nella configurazione preesistente dell'annullamento d'ufficio non venivano in rilievo perché si escludeva che un provvedimento illegittimo potesse fondare nel beneficiario un interesse tutelato alla sua conservazione.

Il termine di diciotto mesi può essere superato solo quando il provvedimento (espresso e tacito) è stato conseguito sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni ingannevoli, accertate con sentenza passata in giudicato.

d) Nel 2020 viene introdotta una specificazione nella disciplina del silenzio-assenso.

Le determinazioni dell'autorità, assunte dopo la scadenza del termine (ossia dopo che si è formato l'atto di assenso tacito) «sono inefficaci» (art. 12, d.l. n. 76/2020 – c.d. decreto Semplificazione – conv. in l. n. 120/2020).

L'obiettivo del legislatore è evidente.

Una parte della giurisprudenza, come vedremo, aveva continuato a sostenere che l'autorità può respingere la domanda di autorizzazione anche dopo la scadenza del termine; e anche i giudici che escludevano tale possibilità ritenevano che il nuovo provvedimento esplicito di rigetto dovesse essere impugnato e quindi ne presupponevano l'efficacia.

e) Nel 2021 sopraggiungono le ennesime «modifiche alla disciplina del silenzio-assenso» (così la rubrica dell'art. 62, d.l. n. 77/2021, ancora a convertirsi nel momento in cui si scrive questo saggio).

Sicché, oggi, «nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento [...] l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda [...]. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000.

Questa facoltà era stata già riconosciuta al privato che avesse chiesto un permesso di costruire. Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, e in assenza di motivato diniego, si forma infatti il silenzio-assenso (salvi i casi in cui sussistono vincoli relativi all'assetto idrologico, ambientale, paesaggistici e culturali, casi in cui si ricorre alla conferenza di servizi: così l'art. 20, co. 8, d.P.R. 380/2001.)

Col d.l. n. 76/2020 il privato può richiedere un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, che l'amministrazione è tenuta a rilasciare entro 15 giorni dalla richiesta (così l'art. 20, co. 8, cit. come integrato dal d.l. n. 76/2020).

La modifica apportata dal d.l. n. 77/2021 soddisfa un'esigenza che è stata sempre avvertita. Assicura oggettività e visibilità al provvedimento tacito, tutela il privato se l'autorità nega l'esistenza della autorizzazione tacita, consente la circolazione della cosa realizzata grazie al silenzio-assenso (per es. un manufatto edilizio): risponde, in definitiva, a un bisogno di certezza giuridica.

2. Scaduto il termine per la conclusione del procedimento, l'autorità che è inerte, o comunque non ha completato l'*iter* di formazione del provvedimento,

è tenuta in via generale a portare a termine il procedimento. «Ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso» (art. 2, co. 1, l. n. 241/1990): lo stesso dovere che grava sul debitore che è tenuto ad adempiere anche se è scaduto il termine fissato per l'adempimento dell'obbligazione (arg. ex art. 1218 c.c.).

Vale la stessa regola nei casi in cui la scadenza del termine comporta la formazione del silenzio-assenso?

Evidentemente no. Perché un provvedimento già c'è, così che la originaria richiesta del privato è stata assorbita nell'atto dell'amministrazione formato in modo tacito. È venuto meno il presupposto per la pronuncia tardiva. La pronuncia è già intervenuta per effetto del congegno normativamente previsto, che equipara il decorso del termine al rilascio di un provvedimento di accoglimento della domanda.

Se, valutando con ritardo per la prima volta la domanda, ritiene che essa non poteva essere accolta, l'amministrazione deve intervenire non sulla domanda del privato, ma sul proprio atto tacito: annullandolo d'ufficio, se ricorrono i presupposti di questo istituto.

A questo schema, che è rintracciabile inequivocabilmente già nella formulazione originaria dell'art. 20 della l. n. 241/1990, la giurisprudenza amministrativa ha apportato una drastica correzione.

Interpretando l'art. 20, co. 8, del T.U. dell'Edilizia (che prevede una specie di silenzio-assenso), il giudice amministrativo ritiene che perché il provvedimento si formi *per silentium*, non è sufficiente la presenza dei due "requisiti formali" individuati dalla norma (decorso del termine e assenza di un diniego espresso), «ma è necessaria anche la conformità dell'intervento richiesto alla disciplina edilizia e urbanistica in vigore. In caso contrario, il richiedente, sulla base dell'inerzia della P.A., verrebbe ad ottenere un ampliamento della propria sfera giuridica, in termini di assenso all'esercizio dello *ius aedificandi*, che non avrebbe potuto conseguire mediante l'ordinario procedimento espresso. Il che significherebbe rimettere a un dato casuale (inerzia o attività della p.a.) la formazione del titolo edilizio, ciò che contrasterebbe con il fondamentale principio di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost)»¹.

Secondo questa impostazione, col decorso del termine l'assenso si forma tacitamente solo quando l'atto tacito è legittimo; se corrisponde al provvedimento espresso che l'autorità avrebbe legittimamente adottato decidendo entro il termine.

Non ci vuol molto a capire che una tesi del genere contrasta nettamente con la lettera (e lo spirito) dell'art. 20.

¹ Così, da ultimo, TAR Lazio, Sez. II-*bis*, 1 luglio 2020, n. 7476; in precedenza, Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3317; Id., 26 aprile 2018, n. 2513; Id., 26 luglio 2017, n. 3680; Id., 19 aprile 2017, n. 1828; Id., 5 settembre 2016, n. 3805.

Se l'autorità, scaduto il termine di conclusione del procedimento, può annullare d'ufficio l'atto di assenso tacito (e può fare soltanto questo), è evidente che dell'atto viene postulata l'illegittimità, o meglio è presupposta l'eventualità che esso sia illegittimo.

Con ciò viene smentito l'assunto che solo l'atto di assenso legittimo può ritenersi formato con la scadenza del termine. Il provvedimento autorizzativo tacito può essere illegittimo; tant'è che è prevista la possibilità del suo annullamento con l'esercizio dei poteri di autotutela.

3. La tesi qui criticata era in qualche modo giustificabile prima del 2015.

Nel testo della l. n. 241 coesistevano l'art. 20, co. 3, che attribuiva all'autorità amministrativa il potere di assumere determinazioni in via di autotutela, e l'art. 21, co. 2, secondo il quale «Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o di difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio attività ai sensi degli artt. 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque in contrasto con la normativa vigente».

Questa seconda disposizione poneva in definitiva a carico del privato una sorta di autoresponsabilità; l'onere di accertare se il silenzio-assenso si fosse formato in presenza dei requisiti sostanziali necessari per l'accoglimento della domanda, con la conseguenza che, se il suo giudizio positivo fosse stato erroneo, l'istante avrebbe agito come colui che fosse sfornito del titolo, per non averlo mai chiesto.

Una clausola che poteva giustificare l'orientamento di giurisprudenza su richiamato che subordina la formazione del silenzio-assenso alla presenza non soltanto dei requisiti formali (legittimazione del richiedente, tempestività della domanda, produzione della documentazione richiesta etc.), ma anche dei requisiti sostanziali di validità: quei requisiti che imporrebbero all'amministrazione di accogliere la domanda, se essa provvedesse con un atto espresso.

Il contrasto tra le due disposizioni, segnalato dalla dottrina² è stato risolto con l'abrogazione dell'art. 21, co. 2, da parte della l. n. 124/2015 (art. 6, co. 1, lett. b), n. 2).

Il privato che si avvale del silenzio-assenso non corre più il rischio che la sua attività sia considerata illecita. Il solo rischio che egli corre è che, sussistendone i presupposti, l'autorizzazione tacita venga annullata d'ufficio.

L'abrogazione dell'art. 21, co. 2, lasciando in piedi come sola clausola rilevante quella che prevede l'esercizio dei poteri di autotutela sull'atto di assenso

² M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2013*, Roma, 2014, 219 ss.; E. BOSCOLO, *Art. 20*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, 3^a ed., Milano, 2020, 227 ss.

tacito, rende incomprensibile l'insistenza della giurisprudenza più recente sulla tesi contestata.

4. «La previsione del silenzio-assenso in materia edilizia è funzionale alla semplificazione dell'attività amministrativa, nell'implicito presupposto della rispondenza dell'iniziativa edificatoria ai requisiti di legittimità normativamente fissati, *in primis* la conformità urbanistica»³: così la giurisprudenza giustifica la soluzione che si è criticata.

È proprio questa, la *ratio* del silenzio-assenso? È soltanto questa?

Ci si chiede se la topografia dell'art. 20, che è incluso nel capo IV della legge 241 sotto l'etichetta «semplificazione dell'azione amministrativa», giustifichi la conclusione che il silenzio-assenso è solo un espediente per semplificare la vita all'amministrazione. Se solo di questo si trattasse, non si giustificherebbe la previsione dei poteri di autotutela sull'atto tacito (art. 20, co. 3): poteri il cui esercizio richiede all'amministrazione un lavoro più complesso di quello che essa svolge quando prevale la decisione prima della scadenza del termine, rigettando la domanda. Più complesso perché richiede, oltre al giudizio sulla accoglibilità della domanda, anche la valutazione di interessi pubblici e privati, alla quale l'autorità, in prima battuta, non sarebbe tenuta.

La disaggregazione del potere autorizzativo in tre schemi diversi ha, a mio avviso, un significato più complesso della mera semplificazione dell'attività amministrativa.

In un ordinamento come il nostro, in cui un numero infinito di attività privata è subordinato a un atto di assenso dell'autorità amministrativa, sul presupposto che tale attività possa pregiudicare un interesse pubblico, si apre nel 1990 una riflessione sui limiti, anche di ordine costituzionale, entro i quali è consentito al legislatore assoggettare l'attività dei privati a un regime autorizzativo.

Il vecchio schema, per cui il privato non può svolgere l'attività sino a quando non è intervenuta l'autorizzazione, quale che sia il momento in cui l'autorità provvede (prima o dopo il termine di conclusione del procedimento), rimane in vita solo per una parte delle autorizzazioni previste dalla legislazione vigente.

Per una quota delle autorizzazioni previste il regime autorizzativo viene soppresso, sostituito da una dichiarazione di inizio di attività, nei casi in cui l'assenso è subordinato al mero accertamento dell'esistenza dei presupposti e requisiti; all'autorizzazione preventiva subentra il controllo successivo (ed eventuale) sull'attività privata che l'interessato ha comunicato di volere avviare.

Per un'altra quota delle vecchie autorizzazioni il congegno rimane in vita (richiesta di autorizzazione e rilascio di quest'ultima come condizione della liceità

³ Così Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 8529.

dell'attività privata): ma solo entro limiti temporali definiti che coincidono col termine per la conclusione del procedimento. Scaduto questo termine, l'autorità perde il potere di provvedere sulla domanda perché questa si intende accolta.

L'autorità conserva i connotati tradizionali in un solo di questi tre casi; negli altri due casi il privato riacquista la libertà di agire purché adempia all'onere di comunicare all'amministrazione la sua iniziativa (denuncia di inizio di attività); ovvero è tenuto a chiedere l'autorizzazione ad una autorità che ha un tempo limitato per decidere (il tempo fissato per la durata del procedimento). Decorso il termine, l'amministrazione perde il potere di provvedere perché il suo silenzio è equiparato all'accoglimento della domanda.

Grazie a questa doppia operazione – liberalizzazione dell'attività privata; assegnazione di un termine per l'esercizio del potere autorizzativo – i confini tra la sfera del privato e la sfera dell'autorità, vengono spostati: la sfera del privato si allarga, la sfera dell'autorità si restringe.

5. Le determinazioni relative agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 20, «sono inefficaci».

Così si legge nell'art. 12, d.l. n. 76/2020.

Di inefficacia del provvedimento amministrativo si parla nel nostro ordinamento in una serie di casi in cui l'atto è perfetto e valido, ma non ancora efficace; o perché è sottoposto a un controllo dal cui esito positivo dipende la produzione degli effetti (efficacia condizionata) o perché l'atto contiene una clausola che rinvia ad un momento successivo la produzione degli effetti (efficacia differita) o perché è intervenuto un provvedimento successivo che ne sospende temporaneamente gli effetti (efficacia sospesa: art. 21-*quater*, l. n. 241/1990). Se l'efficacia è condizionata o differita o sospesa, il provvedimento è (temporaneamente) inefficace sebbene sia perfetto e valido.

Ma c'è anche l'inefficacia che dipende dalla invalidità del provvedimento. Non basta la mera illegittimità-annullabilità (art. 21-*octies*, l. n. 241/1990): l'atto annullabile produce gli stessi effetti dell'atto legittimo sin quando non viene annullato, ma deve ricorrere l'invalidità più radicale che è propria dell'atto nullo (art. 21-*septies*, l. n. 241/1990).

L'atto che è nullo per una delle ragioni indicati dalla legge, non produce effetti, è inefficace: tanto è vero che l'azione di nullità nel processo amministrativo (nei casi in cui la giurisdizione spetta al giudice amministrativo) è configurata come una azione di accertamento (art. 31, co. 4, c.p.a.). Mentre l'atto annullabile viene annullato con una sentenza costitutiva (che estingue un rapporto giuridico: art. 2908 c.c.), dell'atto nullo il giudice si limita ad accertare la nullità; sul presupposto che esso non abbia prodotto alcun effetto. La sentenza serve a soddisfare una esigenza di certezza giuridica.

La decisione tardiva, presa in considerazione dall'art. 12 del d. l. n. 76/2020, è *inefficace perché nulla*: se fosse semplicemente annullabile come la giurisprudenza ha finora ritenuto, non sarebbe inefficace perché l'atto amministrativo annullabile (come il contratto annullabile) è efficace al pari dell'atto legittimo.

Si tratta allora di stabilire in quale delle cause di nullità previste dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990 la nostra fattispecie sia inquadrabile.

La soluzione più sbrigativa è quella di ricondurla agli «altri casi [di nullità, n.d.r.] espressamente previsti dalla legge» (art. 21-*septies*). Se la determinazione presa oltre il termine per la conclusione del procedimento (e quindi dopo che si è formato il silenzio-assenso) è inefficace, e perciò nulla (inefficace perché nulla), è plausibile che la clausola contenuta nell'art. 12, d.l. n. 76/2000 (nella parte in cui incide sulla disciplina del silenzio-assenso) sia ricondotto all'ultima delle ipotesi contemplate dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990. Si tratterebbe quindi di uno degli «altri casi espressamente previsti dalla legge».

Tuttavia un altro percorso può essere tentato.

Una delle cause “strutturali” di nullità del provvedimento amministrativo è la mancanza degli elementi essenziali. Ma qual è un elemento “essenziale” degli atti autorizzativi? Sicuramente la domanda del soggetto che chiede di essere autorizzato: se non c'è una domanda, manca un elemento essenziale, come accade in tutti i procedimenti ad istanza di parte (il procedimento che «consegue obbligatoriamente ad un'istanza»: art. 2, co. 2, l. n. 241/1990).

Nel nostro caso un'istanza c'è stata; essa è stata tacitamente accolta sicché non c'è più una domanda pendente che costituisce un elemento o presupposto essenziale del potere dell'autorità amministrativa nei procedimenti ad istanza di parte e del provvedimento con cui quel potere è esercitato.

L'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990 prevede una terza causa di nullità del provvedimento, il difetto assoluto di attribuzione.

L'autorità amministrativa, che respinge la domanda di autorizzazione del privato dopo averla accolta tacitamente, pretende di esercitare un potere che ha perduto o consumato; non è così azzardata l'ipotesi che la “determinazione” tardiva è presa «in difetto assoluto di attribuzione».

Sono mantenuti in capo all'autorità amministrativa i poteri autotutela; ma si tratta di poteri diversi, nei presupposti e nell'oggetto, da quello che, secondo una valutazione legale tipica, è stato esercitato (e consumato) in modo tacito⁴.

Riassumendo. La decisione tardiva, di rigetto dell'atto di assenso tacito, è inefficace perché nulla: ed è nulla perché un atto del genere è riconducibile a ciascuna delle tre ipotesi di nullità previste dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990: nullità testuale (caso espressamente previsto dalla legge), carenza di un elemento essenziale, difetto assoluto di attribuzione.

⁴ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018.

6. La legge 241 sin della sua versione originaria è in linea con lo spirito del diritto europeo nella parte in cui prevede la sostituzione dell'autorizzazione espressa con l'autorizzazione tacita e sottopone il potere autorizzativo a un termine per il suo esercizio.

Secondo la direttiva 2006/123/CE, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi subiscono una limitazione a causa dei regimi autorizzati⁵. Da qui il principio per cui tale regime è ammesso a condizione che si basi «su criteri che inquadrano l'esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario»; e che tali criteri siano «non discriminatori, giustificati da un motivo imperativo di interesse generale, commisurato all'obiettivo di interesse generale, chiari e inequivocabili, oggettivi, resi pubblici preventivamente, trasparenti e accessibili» (art. 10, dir. 2006/123/CE).

Motivi imperativi di interesse generale sono quelli individuati dalla Corte di Giustizia CDE (e poi UE) e riassunti nel considerando n. 40 della direttiva. Quanto all'esigenza che i criteri per il rilascio della autorizzazione siano «commisurati all'obiettivo di interesse generale» ben può essere soddisfatto con tecniche alternative all'autorizzazione espressa, quali sono le «dichiarazioni per iniziare l'attività» o il silenzio-assenso, quando non sono richieste valutazioni tecniche o una complessa ponderazione di interessi.

Il silenzio-assenso è formalizzato dall'art. 12, par. 4, della direttiva: «In mancanza di risposta entro il termine stabilito o prorogato conformemente al paragrafo 3 l'autorizzazione si considera rilasciata. Può tuttavia essere previsto un regime diverso se giustificato da un motivo imperativo di interesse generale, incluso un interesse legittimo di terzi».

I principi di diritto europeo sui regimi autorizzatori e sulle condizioni per il rilascio delle autorizzazioni sono stati fatti propri dal legislatore italiano col d.lgs. n. 59/2010, di attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi sul mercato interno⁶.

Il silenzio-assenso viene stabilito come regola generale (art. 17, co. 1), in conformità all'art. 12, par. 4, della direttiva: di poi, solo «quando sussiste un motivo imperativo di interesse generale può essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso» (art. 17, co. 2).

⁵ Secondo il Considerando n. 39 della direttiva, «La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni [...]. L'autorizzazione può essere concessa non solo in base ad una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita derivante, ad esempio, dal silenzio dell'autorità competente o dal fatto che l'interessato debba attendere l'avviso di ricevimento di una dichiarazione per iniziare l'attività o affinché quest'ultima sia legittima».

⁶ V., in particolare, gli artt. 14 e 15, d.lgs. n. 59/2010.

7. La dichiarazione di inizio di attività, nella sua configurazione odierna, e il silenzio-assenso pongono un problema di certezza giuridica che non incontra il privato che sia in possesso di un documento contenente un'autorizzazione espressa. Sono due istituti che scontano la diffidenza di un vigile urbano o di una banca, inclini a sospettare che dietro a queste forme, dichiarate dall'interessato, non ci sia nulla.

Di questa esigenza si è fatto carico il diritto europeo.

La direttiva prevede che la domanda di autorizzazione è oggetto di una ricevuta che indichi, fra l'altro il termine per la conclusione del procedimento e «laddove applicabile, la menzione che in mancanza di risposta entro il termine previsto, l'autorizzazione è considerata come concessa» (art. 13, par. 5, lett. c), della direttiva; v. anche l'art. 17, co. 4, lett. c), d.lgs. n. 59/2010).

Poiché la norma interna è stata, per questa parte, sistematicamente disattesa dalle amministrazioni, il legislatore è stato costretto a intervenire con le norme più recenti tra cui quelle richiamate nel par. 1; imponendo alle autorità, una volta maturato il silenzio-assenso, di rilasciare in via telematica l'attestazione dell'avvenuto decorso del termine, con la possibilità, nel caso di mancata risposta entro dieci giorni dalla richiesta, che il privato renda un'autodichiarazione ai sensi dell'art. 47, d.P.R. n. 445/2000 (così l'art. 62, d.l. n. 77/2021).

8- Anche se il silenzio-assenso ha genesi interna è significativo il suo riconoscimento in ambito europeo.

Ritengo che questa più ampia ambientazione confermi l'opinione che non si tratta tanto o solo di uno strumento di semplificazione quanto di un ampliamento dei confini della libertà del soggetto privato, con correlativo ridimensionamento dei poteri amministrativi.

Ecco perché appare del tutto inaccettabile la costruzione, pure autorevolmente prospettata, del silenzio-assenso (e della dichiarazione di inizio di attività) come forme di autoamministrazione, o come nuova modalità di amministrazione⁷, o come «autoamministrazione eventuale, dipendente dalla scelta (più o meno voluta) dell'amministrazione di optare per la conclusione silenziosa del procedimento attivato dall'interessato»⁸.

Questo sforzo per mantenere in capo all'amministrazione il potere autorizzativo (sicché, attivandosi in base al silenzio-assenso, il privato sarebbe una specie di sostituto dell'amministrazione) ignora il fatto che il *prìus* è la libertà del singolo: una libertà che è condizionata da un potere amministrativo ma solo per il tempo che corrisponde alla durata del procedimento amministrativo. Scaduto il termine per la conclusione del procedimento, il privato riacquista quella libertà che gli è riconosciuta sul piano costituzionale.

⁷ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

⁸ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione*, Padova, 2004, 268.

Abstract

Il passaggio dal regime autorizzatorio espresso a quello tacito percorre tornanti che hanno condotto, nell'ultima disposizione governativa di cui al d.l. n. 77/2021, all'attribuzione al silenzio-assenso di una forza limitativa del potere amministrativo, che con la formazione di questo si esaurisce: ne consegue una rinnovata connessione tra il piano della (in-)validità, sotto forma di nullità, e quello della (in-efficacia) della determinazione espressa tardiva.

Il saggio si propone così di indagare sul significato del silenzio-assenso nel rapporto tra autorità e libertà, anche alla luce della costruzione dell'istituto a livello europeo e del suo recepimento nell'ordinamento statale: non più solo un istituto di semplificazione amministrativa, bensì uno strumento di ampliamento dei confini della libertà del privato, i quali possono essere ristretti soltanto nell'arco temporalmente definito del procedimento amministrativo, riacquisendo la loro ampiezza originaria – riconosciuta sul piano costituzionale – con la formazione del silenzio-assenso.

Silence-consent: the constitutional meaning

by Guido Corso

The passage from the express authorisation regime to the tacit one follows a series of twists and turns that have led, in the last governmental provision of Law Decree no. 77/2021, to the attribution to the silence-consent of a limiting force of the administrative power, which is exhausted with the formation of the latter: as a result, a renewed connection between the level of (in-)validity, in the form of nullity, and that of (in-efficacy) of the late express determination.

The essay thus proposes to investigate the meaning of the silence-consent in the relationship between authority and freedom, also in the light of the construction of the institute at European level and its implementation in the state system: no longer just an institute of administrative simplification, but an instrument of extension of the boundaries of the freedom of the private individual, which can be restricted only within the time frame of the administrative procedure, regaining their original breadth – recognised at constitutional level – with the formation of the silence-consent.

La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione

di Fabio Merusi*

SOMMARIO: 1. Lo spettro della piena giurisdizione della Corte di Giustizia dei Diritti dell'Uomo e la recente attribuzione della giurisdizione in materia di responsabilità civile per danni al giudice amministrativo. – 2. L'assonanza dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di risarcimento di interessi legittimi con una antica sentenza francese. – 3. Perché il giudice amministrativo ha piena giurisdizione nel caso di tutela risarcitoria. – 4. L'estensione della piena giurisdizione dal giudizio per responsabilità per danni al giudizio di legittimità quando il provvedimento amministrativo dipende necessariamente dal fatto. – 5. Principi generali e piena giurisdizione.

1. *Lo spettro della piena giurisdizione della Corte di Giustizia dei Diritti dell'Uomo e la recente attribuzione della giurisdizione in materia di responsabilità civile per danni al giudice amministrativo*

Uno spettro si aggira per l'Europa. Per i Paesi europei che hanno sottoscritto la Convenzione per la garanzia dei diritti dell'uomo. Lo spettro della piena giurisdizione per tutti i giudizi, di qualunque tipo, competenti a conoscere delle liti fra il cittadino e la Pubblica Amministrazione¹.

Il Tribunale Europeo per i Diritti dell'Uomo (CEDU), istituito a seguito della Convenzione, ha censurato in occasioni diverse, e sotto vari profili, i sistemi di giustizia amministrativa di singoli Paesi, Italia compresa, per difetto di piena giurisdizione nei confronti della Pubblica Amministrazione. Di qui la domanda, non propriamente retorica, se nel sistema italiano di giustizia nei confronti della Pubblica Amministrazione la tutela risarcitoria del cittadino nei confronti della P.A. sia uno strumento di "piena giurisdizione". Per rispondere occorre tener conto di come il giudice amministrativo sia arrivato ad essere un giudice del danno arrecato dalla P.A. al cittadino.

Prima dell'istituzione della Quarta Sezione, fra gli anni '70 e gli anni '90 dell'Ottocento, un altro spettro si aggirò per l'Europa con l'intento di spaventare le Pubbliche Amministrazioni: lo spettro della responsabilità civile dello Stato

* Saggio non sottoposto a referaggio.

¹ Un fascicolo, il numero 3 dell'anno 2019, della Rivista di Diritto Processuale Amministrativo è pressoché interamente riempito da saggi in materia di piena giurisdizione nel processo amministrativo, mentre l'Annuario dell'Università di Urbino, dal titolo *P.A. persona e amministrazione*, del 2018, contiene circa venti relazioni ed interventi dedicati al tema della piena giurisdizione nel processo amministrativo sollevato da sentenze della CEDU.

per illecito uso delle sue funzioni sovrane. Per avere un sintetico quadro dell'intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che infuriò in quel periodo in tutti i Paesi Europei a diritto amministrativo basta leggere una lezione tenuta da Mortara nell'anno accademico 1886/1887 in un corso di diritto amministrativo recentemente riedita² con una introduzione di contestualizzazione da parte di Giovanni D'Angelo.

Per calare lo spettro in Italia è il caso di segnalare: in dottrina, lo scontro arrivato fino ai limiti dell'insulto personale fra l'allora Avvocato Generale dello Stato Mantellini e Carlo Gabba, il maggior civilista dell'epoca; in giurisprudenza due sentenze, spesso evocate da chi si è occupato dell'argomento, una della Corte di Appello di Napoli e una della Corte di Appello di Venezia. Si tratta di giudici di merito, mentre le Cassazioni all'epoca regionali erano divise. Le Cassazioni di Torino e di Palermo sostenevano la responsabilità civile dello Stato, mentre le Cassazioni di Roma, Firenze e Napoli la escludevano. Le sentenze delle due Corti di Appello sono utili per il nostro discorso perché si riferivano ad ipotesi di responsabilità che oggi definiremmo "per violazione di interessi legittimi": la prima, quella di Napoli (del 1 aprile 1868), si riferiva ad un'azione per danni contro lo Stato per avere il Prefetto di Napoli vietato una rappresentazione teatrale dopo averne dato il regolare permesso; la seconda, quella della Corte d'Appello di Venezia, del 13 ottobre 1876, per avere il Sindaco di Venezia imposto un calmierino sul prezzo del pane violando la procedura prevista per la determinazione dei prezzi calmierati. Il danno nel primo caso derivava dalle spese sostenute per l'organizzazione dello spettacolo subito dopo il permesso prefettizio, cui andava aggiunto il mancato guadagno derivante dalla mancata rappresentazione dello spettacolo poi vietato dallo stesso Prefetto; nel secondo dall'aver venduto, subito dopo la fissazione del calmierino, una documentata quantità di pane ad un prezzo inferiore a quello corrente prima del calmierino³.

Facile osservare che di fronte ad una revoca di una autorizzazione e di fronte ad un provvedimento di fissazione autoritativa di un prezzo ci fossero situazioni giuridiche soggettive che qualche anno dopo, dopo l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, sarebbero state definite non diritti, ma interessi legittimi. Ma, in vigenza della legge devolutiva del contenzioso amministrativo al giudice ordinario del 1865 che affidava, come tuttora affida, al giudice ordinario la tutela dei diritti "civili" del cittadino, le due Corti di Appello sopramenzionate avevano debordato dai loro poteri giurisdizionali? Avevano soddisfatto interessi e non diritti come la legge di unificazione nazionale loro imponeva?

² L. MORTARA, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione* (R. Università di Pisa 1886-1887), Napoli, 2013.

³ L'esempio è ripreso, quasi certamente in maniera inconsapevole, da E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, 1 ss., ipotizzando una violazione in un provvedimento impositivo del prezzo imposto dello zucchero. Un provvedimento calmierativo che in varie forme e con diverse discipline si susseguì nel secondo dopoguerra italiano.

Le Cassazioni contrarie alla responsabilità civile dello Stato non cassavano le sentenze dei giudici di merito perché i ricorrenti non avevano un diritto, ma perché lo Stato avrebbe goduto di una pretesa immunità sulle conseguenze delle sue illecite azioni. Lo Stato era immune da responsabilità civile⁴. Se lo Stato non fosse stato immune i ricorrenti avrebbero avuto un diritto al risarcimento del danno secondo le normali regole della responsabilità civile che non avevano bisogno di essere desunte esegeticamente dalla legge abolitiva del 1865 perché intrinseche alla responsabilità per danni fin dal diritto romano: il fatto illecito è fonte di un'obbligazione nei confronti del danneggiato e il danneggiato ha un diritto al risarcimento del danno, cioè al soddisfacimento dell'obbligazione sorta in capo al danneggiante. Qualcuno in epoca moderna ha prospettato che il danneggiato avrebbe un diritto alla integrità patrimoniale che, se lesa, farebbe sorgere il diritto al risarcimento del danno. Ma si tratta solo di un modo diverso di dire la stessa cosa.

Ma allora che cosa c'entra l'interesse legittimo e la sua pretesa irrisarcibilità? Perché non sarebbe possibile fare oggi un discorso retroattivo applicando l'istituto dell'interesse legittimo e della sua pretesa lesione ai casi del fornaio di Venezia e dell'impresario teatrale di Napoli?

Perché pochi anni dopo, venti anni dopo la sentenza di Napoli e tredici anni dopo la sentenza di Venezia, è successo quel che ha ben raccontato, nell'anno 1999, la sentenza n. 500 della Cassazione a Sezioni Unite alla quale cediamo senz'altro la parola. Il principio della risarcibilità degli interessi legittimi si è formato a seguito del peculiare aspetto «... del sistema di riparto della giurisdizione nei confronti della p.a., incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo e caratterizzato dall'attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela (il giudice amministrativo, che può conoscere le controversie relative ad interessi legittimi può soltanto annullare l'atto pregiudizievole per l'interesse legittimo, senza poter pronunciare condanna al risarcimento del danno conseguente all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa; il giudice ordinario che può pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni senza poter conoscere delle controversie su interessi legittimi)».

⁴ Così sintetizza chiaramente la tesi dominante della pretesa immunità dello Stato A. BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella Scienza e nelle Istituzioni*, vol. I, Torino, 1912, 947: «I regalisti proclamavano che il sovrano non può far male e reputavano sacrilega la sola affermazione che il principe non abbia bene scelto gli esecutori della propria volontà o vi sia anche soltanto la possibilità che possano far male: conseguenze inevitabili della confusione della sovranità col potere e con l'amministrazione, e della forma dispotica del Governo. Ma anche secondo moderni scrittori si ritiene che lo Stato, ente astratto, costituito a scopo di pubblico interesse, operante nelle sfere di diritto pubblico, con norme certe e speciali, nell'interesse di tutti, per necessità politica e per altri doveri naturali e morali, per mezzo di funzionari nei quali deve necessariamente personificarsi, giammai possa essere soggetto a norme di diritto privato, e tenuto responsabile di colpa».

Aggiunto un giudice al giudice ordinario risultarono differenziati sia i poteri dei due giudici, sia le situazioni giuridiche soggettive dei possibili utenti della giustizia. Chi aveva un diritto soggettivo ai sensi della legge abolitiva del contenzioso del 1865 non poteva essere tutelato dal sopraggiunto giudice amministrativo e chi aveva un interesse legittimo non poteva essere tutelato dal giudice ordinario, ma solo dal giudice amministrativo attraverso il potere di annullamento di un atto amministrativo illegittimo che gli era stato attribuito. E poiché di fronte al potere amministrativo esistevano interessi e non diritti, il titolare di un interesse legittimo poteva rivolgersi solo al giudice amministrativo per chiedergli l'annullamento di un atto amministrativo, e non al giudice ordinario per chiedergli il risarcimento di eventuali danni provocati dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio di un potere. Ancora una volta il danneggiato, a seguito di un illegittimo esercizio di una pubblica funzione, non trovava giustizia, ma questa volta perché non trovava un giudice che avesse giurisdizione per soddisfare la sua domanda di risarcimento. La nuova giustificazione dell'irrisarcibilità dei danni provocati dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio di funzioni amministrative era, con ogni evidenza, nient'altro che la proiezione soggettiva dell'immunità di cui avrebbe goduto l'esercizio del potere sovrano in materia di responsabilità per danni: se l'interesse legittimo esiste necessariamente in corrispondenza di un potere non si può che altrettanto necessariamente dedurre che l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo altro non è che la proiezione soggettiva dell'immunità dello Stato, cioè dell'immunità del suo potere sovrano. La tesi della irrisarcibilità degli interessi legittimi aveva peraltro, almeno formalmente, un pregio: era formalmente più presentabile di quella dell'immunità del potere sovrano, dell'affermazione di un privilegio che rischiava di venire meno assieme ad altri privilegi rivendicati dallo Stato sovrano.

Non è qui il caso di ripercorrere le tormentate vicende giurisprudenziali e dottrinali che condussero prima a trovare qualche spazio alla risarcibilità per danno della P.A. prima della sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999. Quando la Suprema Corte di Cassazione, spinta dall'“irresistibile” argomento che “così fan tutti” gli altri Paesi dell'Unione Europea, è ritornata, dopo più di un secolo, con una lunga ed elaborata sentenza, alle argomentazioni delle sentenze delle Corti di Appello di Venezia e di Napoli riassunte all'inizio. Di fronte al danno provocato da un comportamento illecito c'è un diritto al risarcimento chiunque sia il danneggiante, Pubblica Amministrazione compresa. L'interesse legittimo è un'altra cosa, un'altra situazione giuridica soggettiva, che non interferisce, né può interferire, con il diritto al risarcimento. «Se sono risarcibili sono diritti», come ha efficacemente detto, rovesciando la questione, un acuto, oltre che autorevole, commentatore della sentenza n. 500⁵.

⁵ Cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; ID, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?* (Nota a Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500/Com. Fiesole c. Vitali), in *Foro it.*, 1999, III, c. 3222.

Senonché quel che era facile a dirsi nel 1876, quando esisteva soltanto la giurisdizione del giudice ordinario, risultò un po' più problematico nel 1999, attesa la sopraggiunta esistenza, nel 1889, di un giudice amministrativo parallelo a quello ordinario la cui giurisdizione, come abbiamo visto, era invocata per escludere una responsabilità della Pubblica Amministrazione per danni.

Potevano convivere senza interferenze due giudici con giurisdizioni così diverse, uno con giurisdizione per il risarcimento del danno e l'altro per l'annullamento di atti amministrativi a seguito di un giudizio di impugnazione dell'atto?

2. *L'assonanza dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di risarcimento di interessi legittimi con una antica sentenza francese*

Appena pubblicata la sentenza n. 500 apparvero subito i problemi che avrebbero potuto sorgere a seguito dell'interferenza di una giurisdizione con l'altra qualora non fossero stati esorcizzati *ab initio* o con la teoria dell'immunità del potere sovrano, o con la teoria dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi.

Gli interessi legittimi con i risarcimenti dei danni per illegittimo esercizio di una pubblica funzione non c'entravano nulla, ma c'entravano con la conversione di un atto illegittimo in un atto illecito produttivo di un danno; e chi doveva appurare se un atto era illegittimo? Il giudice amministrativo o il giudice ordinario? Oppure potevano appurarlo tutti e due indifferentemente? Oppure prima l'uno e poi l'altro?

Questione non solo teorica, la cui soluzione era gravida di conseguenze operative: nel primo caso il giudizio di responsabilità sarebbe stato condizionato dalla previa soluzione di un processo di impugnazione; nel secondo caso il giudizio di responsabilità di fronte al giudice ordinario rischiava di vanificare il giudizio amministrativo di annullamento attraverso un accertamento incidentale di illegittimità dell'atto che poteva essere proposto entro un termine di prescrizione. Come dire che la sentenza della Cassazione sulla inesistente violazione di interessi legittimi da parte, nel caso, di illegittimo esercizio di funzioni amministrative aveva innescato due possibili soluzioni: o il giudice ordinario, *naturaliter* competente nel caso di responsabilità per danni, poteva vanificare la giurisdizione del giudice amministrativo, oppure si dovevano ipotizzare due giudizi, prima un giudizio di legittimità dell'atto di fronte al giudice amministrativo e poi un conseguente giudizio di responsabilità di fronte al giudice ordinario, in pratica riducendo l'esperibilità di una possibile azione di responsabilità entro un termine di decadenza. Non è qui il caso di riproporre le argomentazioni spese a favore di una soluzione o dell'altra, né di registrare i tentativi di risolvere il rebus fino a quando è stata trovata una soluzione operativa per risolvere l'interferenza fra le due giurisdizioni esistenti nell'ordinamento italiano fin dal lontano 1889. Quel

che rileva per il nostro discorso è la soluzione trovata dal Codice del processo amministrativo nel 2010: la concentrazione in un unico giudice, il giudice amministrativo, della giurisdizione sulla responsabilità per danni provocati da atti illegittimi di Pubbliche Amministrazioni, sia nelle due possibili azioni in sequenza, sia nell'unica azione per responsabilità riducendone in quest'ultimo caso la esperibilità entro un termine prescrizione ridotto. Ma in diritto, e soprattutto nella disciplina delle istituzioni, è difficile inventare delle soluzioni completamente nuove. Proprio con riferimento ad istituti di diritto amministrativo molti storici, soprattutto francesi, hanno dimostrato che neppure la rivoluzione francese riuscì ad essere completamente originale. Molti istituti apparentemente nuovi ricordavano quelli vecchi dell'*Ancien Régime*.

Discorsi del genere si potrebbero fare anche a proposito del nuovo caso di giurisdizione esclusiva attribuito al giudice amministrativo dal Codice del 2010. A molti la soluzione del Codice ricordò un episodio accaduto molti anni prima, nel 1876, in quello stesso anno in cui la Corte d'Appello di Venezia condannava il Comune veneto a risarcire il fornaio per il danno provocato da un illegittimo calmiere. Né stupiscano questi salti temporali – 1865, 1867, 1889, 2010 – perché risulta dagli studi di storia dell'amministrazione che le vicende degli istituti amministrativi si rincorrono ormai nei secoli ... come le vicende istituzionali nelle storie archeologiche. L'assonanza da molti percepita era riferita all'*arrêt Blanco*, alla vicenda di un altro ordinamento, di un ordinamento in cui nacque il diritto amministrativo poi "esportato" in tutta l'Europa dalla rivoluzione francese. Il ricordo analogico si riferiva all'*arrêt Blanco*⁶. Nel 1867, in Francia, a differenza di quel che era successo in Italia due anni prima, esisteva ancora un giudice del contenzioso amministrativo e ad uno zelante Prefetto, il Prefetto di Bordeaux, venne in mente di sottoporre al Tribunale di Conflitti, l'organo giudiziario preposto a risolvere i conflitti di giurisdizione fra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, il quesito se a giudicare della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione fosse competente il giudice amministrativo, il *Conseil d'État*, piuttosto che il giudice ordinario. Il dubbio del Prefetto nasceva dal fatto che la giurisdizione del giudice amministrativo era sempre prevista nei casi di concessione di una obbligazione con un atto o un fatto imputabile ad una Pubblica Amministrazione. Il contenzioso amministrativo francese era addirittura nato, in negativo, dalla sottrazione *ex lege* alla giurisdizione del giudice ordinario del contenzioso su obbligazioni dello Stato. La risposta del Tribunale dei Conflitti fu che sì, nel caso di pretesa responsabilità civile per danni causati da una Pubblica Amministrazione competente era il *Conseil d'État*, il giudice amministrativo.

Ma perché ci siamo attardati a rievocare una sentenza più che centenaria di un giu-

⁶ L'assonanza non era sfuggita ad uno dei primi commentatori della sentenza n. 500. Cfr. in proposito B. DELFINO, *La fine del dogma della irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, *Foro Amm.*, 1999, 2012.

dice francese? Perché dalle conseguenze che si vollero trarre dall'*arrêt Blanco* ce n'è una che ci interessa direttamente a proposito del rapporto fra azione di responsabilità della P.A. per danni e lo spettro evocato dalla Corte di Giustizia per la garanzia del diritto dell'uomo, la piena giurisdizione. Ci sono casi accidentali, apparentemente insignificanti, a cui il destino affida il compito di fare la storia. Così è stato per l'*arrêt Blanco*...

3. *Perché il giudice amministrativo ha piena giurisdizione nel caso di tutela risarcitoria*

Dall'*arrêt Blanco* si vollero trarre tre conseguenze di portata teorica generale:

1) trent'anni dopo, nel 1903, sviluppando un *obiter dictum* di incerto significato contenuto nell'*arrêt Blanco*, un altro *arrêt*, questa volta del *Conseil d'État*, l'*arrêt Terrier*, enunciò la teoria del *service public* e la pubblicità di tutti gli atti e le operazioni che ne fossero la manifestazione⁷;

2) la giurisdizione del giudice amministrativo francese in materia di responsabilità civili di pubbliche amministrazioni;

3) la "piena giurisdizione" del giudice amministrativo in materia di responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.

È quest'ultima "conseguenza" che ci interessa. Se la giurisdizione attribuita al giudice amministrativo in tema di responsabilità per danni è piena, anche la giurisdizione attribuita al giudice amministrativo italiano nella stessa materia lo è. Né ha rilievo il quando e il come tale giurisdizione sia stata attribuita al giudice amministrativo, in Francia più di un secolo fa e in Italia pochi anni fa: in Francia per interpretazione giurisprudenziale, e in Italia dal legislatore. Quel che conta è stabilire che cosa sia in entrambi i casi e se sia la stessa cosa che pretende la CEDU basandosi sull'art. 6 del Trattato dei Paesi europei sui diritti dell'uomo⁸.

Il carattere pieno della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di responsabilità civile è intrinseco alla stessa natura di un giudizio di responsabilità: per poter giudicare, il giudice, anche quello amministrativo, deve poter conoscere il fatto dal quale può esser sorta l'obbligazione al risarcimento e per soddisfare la domanda del ricorrente deve condannare il danneggiante, nel nostro caso la Pubblica Amministrazione, a soddisfare l'obbligazione sorta dal fatto illecito. Così fa il giudice civile, così fa anche il giudice amministrativo se a lui è attribuita la giurisdizione. È la natura stessa del giudizio di responsabilità che esige che questo sia pieno. Il giudice, ancorché amministrativo, non può fare altrimenti.

⁷ Che ha portato il diritto amministrativo francese a differenziarsi dai diritti amministrativi degli altri Paesi europei, come risulta anche da un'autoanalisi della stessa dottrina amministrativistica francese risultante dagli atti di un Convegno dedicato allo stato generale della dottrina francese *La doctrine en droit administratif*, Paris, 2010.

⁸ Sulla portata del quale cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

Ma allora che cosa vollero dire gli interpreti dell'*arrêt Blanco* quando affermarono che in quel caso la giurisdizione era piena? Che era piena a differenza di quale giudizio? Del giudizio per *excès de pouvoir*, l'equivalente, con varianti irrilevanti per il nostro discorso, del giudizio di legittimità dell'atto amministrativo introdotto in Italia dal legislatore del 1889, cioè del normale giudizio attribuito al giudice amministrativo. Il giudizio di legittimità appariva diverso perché il giudice amministrativo doveva esercitare il suo potere giurisdizionale senza violare la divisione dei poteri, senza sostituirsi alla Pubblica Amministrazione, al potere esecutivo. Per non violare la divisione dei poteri il giudizio amministrativo deve essere un giudizio di legittimità, non di merito. Di revisione delle decisioni fatte da una Pubblica Amministrazione. E la sua sentenza non può sostituirsi ad un atto amministrativo. Il giudice amministrativo di legittimità non può sostituirsi alla Pubblica Amministrazione.

Stabiliti questi principi teorici differenziali fra il giudizio di responsabilità civile e il giudizio sulla legittimità degli atti della Pubblica Amministrazione, è proprio vero che la piena giurisdizione sia estranea al giudizio di legittimità? O la piena giurisdizione può trovar posto anche nel giudizio di legittimità sia pur con qualche tratto differenziale rispetto al giudizio di responsabilità per danni?

Dalla sicura piena amministrazione nel giudizio sulla responsabilità per danni si possono trarre argomenti per affermare la configurabilità di una piena giurisdizione anche nel giudizio di legittimità? In altre parole, la piena giurisdizione si può applicare anche al processo amministrativo senza intaccare la divisione dei poteri, senza fare del giudice amministrativo un amministratore di secondo grado, come ha di recente prospettato proprio il Presidente pro tempore della CEDU? È immaginabile materializzare lo spettro della piena giurisdizione anche a proposito del giudizio di legittimità sugli atti amministrativi, così come sembra pretendere la CEDU?⁹

4. *L'estensione della piena giurisdizione dal giudizio per responsabilità per danni al giudizio di legittimità quando il provvedimento amministrativo dipende necessariamente dal fatto*

Anche il giudizio di legittimità diventa necessariamente pieno quando la legittimità del provvedimento della P.A. dipende necessariamente dal fatto. In questo caso risulta per comparazione col giudizio di responsabilità per danni che

⁹ Cfr. G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in apertura del Convegno cui si riferiscono le relazioni contenute nell'Annuario dell'Università di Urbino, *P.A. persona e amministrazione*, cit. Va da sé che non si prendono in considerazione le ipotesi giurisdizionali derogatorie per materie particolari. Come la giurisdizione esclusiva e la giurisdizione di merito esistenti nell'ordinamento italiano sulle quali si rinvia agli ampi e approfonditi lavori di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva*, vol. I, e *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, vol. II, Padova, 2000.

il giudice, per giudicare sulla legittimità dell'atto, deve poter conoscere a pieno il fatto che costituisce il necessario presupposto, o per meglio dire, il fattore causale, della legittimità dell'atto.

Quando la legittimità dell'atto dipende dal fatto anche il giudizio di legittimità è pieno perché il giudice amministrativo per giudicare della legittimità dell'atto deve poter conoscere a pieno il fatto come nel giudizio per responsabilità per danni. E ciò necessariamente deve succedere nei provvedimenti sanzionatori di una Pubblica Amministrazione per i quali il giudice amministrativo, per poter giudicare della legittimità del provvedimento sanzionatorio, deve poter conoscere a pieno la fenomenologia dell'infrazione che l'Autorità ha inteso sanzionare. Se in questo caso il giudice amministrativo deve necessariamente conoscere il fatto, è un giudice di piena giurisdizione che non può trovare ostacolo alcuno, né limitazione alcuna, nella ricostruzione del fatto che ha indotto l'Amministrazione a sanzionare l'infrazione, né nella valutazione della legittimità del provvedimento sanzionatorio perché questo dipende necessariamente dal fatto accertato.

Come abbiamo visto succedere spesso non si tratta di una tesi originale. Qualcuno lo aveva già detto. Già Laferrière¹⁰ verso la fine del secolo XIX, qualche anno dopo che al giudice amministrativo francese era stata riconosciuta la giurisdizione sulla responsabilità per danni della Pubblica Amministrazione, nel catalogare per tipi la giurisdizione del *Conseil d'État* affermava che nel contenzioso di "repressione", cioè nei giudizi su provvedimenti amministrativi sanzionatori, sia pure con caratteristiche particolari, la piena giurisdizione dipendeva dai tratti analogici con il processo penale dove, come nel processo per responsabilità civile, la necessaria conoscenza del fatto costituiva un tratto, per così dire sostanziale, del processo.

Non è forse un caso che contenziosi amministrativi istituiti su modello francese in Stati italiani della Restaurazione (il Regno di Napoli e il Ducato di Parma) avessero provveduto a codificare il processo amministrativo prevedendo norme desunte dai codici di "processura criminale" le quali disciplinavano i poteri istruttori del giudice amministrativo per addivenire alla conoscenza del fatto nei giudizi sulla legittimità di provvedimenti amministrativi sanzionatori¹¹. Una analogia col processo penale, che non va presa alla lettera, ma solo con riferimento alla identità del tipo processuale, rappresentata dalla necessaria piena conoscenza del fatto da parte del giudice. Con la conseguenza che non appare rilevante l'analogia con la pena, bensì con quella col processo, donde la completa irrilevanza

¹⁰ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II ed., vol. I, Paris-Nancy, 1896, pp. 13 ss.

¹¹ Cfr., ad esempio, il Commentario alle leggi e i Regolamenti «intorno al Consiglio di Stato» di Giovan Battista Niccolosi riportato in appendice del volume di F. MERUSI, G.C. SPATTINI, E. FREGOSO, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia. Giusto processo nel Ducato di Parma (1814-1865)*, Milano, 2013.

della misura più o meno affittiva del provvedimento amministrativo sanzionatorio. Qualunque sia il tipo del provvedimento amministrativo sanzionatorio occorre conoscere il fatto come nel processo penale. Osservazione non fine a sé stessa, ma ritenuta opportuna per contrastare la tendenza che si è manifestata dopo alcune sentenze della CEDU in materia di responsabilità sanzionatoria della Pubblica Amministrazione a cercare di giustificare la ammissibilità di una giurisdizione non piena sulla base di un preteso carattere non completamente affittivo di determinate sanzioni amministrative. Ciò che conta non è, nel caso, l'analogia fra atti, ma l'analogia fra procedimenti processuali. Va infatti tenuto conto che lo spettro della piena giurisdizione si è materializzato in prevalenza in sentenze della CEDU che hanno rilevato carenze di piena giurisdizione nel processo amministrativo di alcuni Paesi europei proprio in relazione al contenzioso sulla legittimità di provvedimenti sanzionatori della Pubblica Amministrazione¹². Il rapporto fatto-legittimità del provvedimento per il determinarsi di una piena giurisdizione necessaria è riferibile pertanto anche a provvedimenti non sanzionatori, nel caso in cui l'emanazione dell'atto discende necessariamente da un presupposto di fatto, come nel caso sempre più frequente delle autorizzazioni vincolate e delle abilitazioni.

5. *Principi generali e piena giurisdizione*

La piena giurisdizione si ferma di fronte al “merito” degli atti discrezionali? Alla barriera dell'*excès de pouvoir*?

Forse anche qui c'è qualche novità, ma sono novità che, se esistenti, non dipendono dalla disciplina del processo, ma dalla disciplina della funzione amministrativa, vera o presunta dai giudici in via di sopravvenienza.

L'esercizio del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione viene sempre più censurato sulla base dell'affermata violazione di principi generali dell'ordinamento che regolerebbero anche l'attività discrezionale della P.A..

La regolamentazione dell'agire della P.A. si sarebbe *in toto* estesa alla discrezionalità amministrativa. Ciò sarebbe accaduto in tutti gli ordinamenti europei a diritto amministrativo.

Il fenomeno è relativamente recente, almeno per l'ordinamento italiano. Il fenomeno è nato a seguito della “circolarità germanica” che da tempo caratterizza il diritto della Comunità prima e dell'Unione europea dopo. Nell'ordinamento tedesco l'*Ermessenmissbrauch*, l'equivalente, anche se non *in toto*, del nostro “eccesso di potere”, viene censurato attraverso l'accertamento della violazione di

¹² Così come risulta dai lavori contenuti nell'Annuario dell'Università di Urbino, *P.A. persona e amministrazione*, cit., cui adde F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

principi generali dell'ordinamento almeno originariamente individuati dalla stessa giurisprudenza. L'*Ermessenmissbrauch*, con la sua connotazione della violazione dei principi generali, è passato dalle corti tedesche alla Corte di Giustizia della Comunità Europea e dalla Corte di Giustizia comunitaria al giudice amministrativo italiano. Non solo, ma il richiamo a principi generali, o almeno a buona parte di essi, per disciplinare il potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni è stato ritenuto un buono strumento per uniformare il comportamento delle amministrazioni dei singoli Stati che fanno parte dell'Unione e, conseguentemente, regolamenti e direttive dell'Unione fanno spesso richiamo a principi generali non di rado imitate anche da leggi nazionali. Ne è derivata una nuova "legalità comunitaria" regolante la discrezionalità amministrativa che, almeno per quanto si riferisce all'eccesso di potere previsto per la giustizia amministrativa italiana, ha finito per "sostituire", se non *in toto*, in gran parte, le figure sintomatiche dell'eccesso di potere italiano.

Ma questa legalità comunitaria dei principi generali regolanti il potere discrezionale è sempre esistente? La risposta è affermativa nella misura in cui i giudici amministrativi la ritengono esistente anche senza più chiedersi da dove abbiano avuto origine tali principi. L'origine può essere stata più antica, e magari più nobile, ma quel che rileva è che il fenomeno della legalità, e perciò della legittimità degli atti amministrativi per "principi" è un fenomeno attualmente esistente anche nell'ordinamento italiano.

Ciò premesso, principi come la proporzionalità delle decisioni rispetto al caso concreto; la precauzione o la ragionevolezza della decisione implicano la conoscenza dei fatti che sono alla base della decisione amministrativa e perciò la piena giurisdizione del giudice amministrativo.

Appurare se le api di qualche isola di qualche lago lombardo siano effettivamente di una specie rara in via di estinzione, tanto da meritare il rispetto del principio di precauzione, o, se nel caso concreto sia sproporzionata rispetto al fine da perseguire una determinata decisione¹³ sono questioni di fatto che il giudice deve poter conoscere prima di dover giudicare su di una eventuale violazione di un principio generale.

Riassumendo potremmo dire che il ricorso di legittimità non esclude la conoscenza del fatto e perciò la piena giurisdizione ogni qualvolta il fatto è il necessario presupposto del provvedimento oppure quando la legittimità del provvedimento è misurata sulla base di principi generali.

¹³ Cfr., ad esempio, le considerazioni conseguenti all'applicazione all'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione del principio di proporzionalità di M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, Modena, 2015. Mentre F. FOLLERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. persona e amministrazione*, cit., 133 ss., propone una delimitazione della piena giurisdizione sulla base di un criterio logico di esame della legittimità desunto da casi giurisprudenziali della CEDU.

E per finire è forse il caso di avvertire che la piena giurisdizione è una delle manifestazioni del giusto processo, così come codificato nell'ordinamento italiano dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 2 del Codice del processo amministrativo. Avvertenza resa opportuna dal fatto che molti Autori fanno indifferentemente appello, nel trattare degli effetti delle sentenze CEDU sui processi amministrativi previsti nei singoli Stati che hanno aderito alla Convenzione Europea, al giusto processo o alla piena giurisdizione.

Abstract

La giurisprudenza della Corte EDU sul rispetto dell'art. 6 CEDU investe il tema della piena giurisdizione del Giudice amministrativo sull'azione amministrativa.

Per valutare se costui possa giudicare appieno l'attività della pubblica Amministrazione nel rispetto del principio di separazione dei poteri, bisogna risalire alle origini della tutela risarcitoria, dapprima appannaggio del giudice civile, poi estesa al giudice amministrativo, non senza interferenze tra le due giurisdizioni.

Ne deriva un quadro per il quale, nei giudizi risarcitori, il g.a. ha piena cognizione anche del fatto provocativo del danno lamentato: un'ampiezza di poteri inferibile anche dalla giurisprudenza sulla legittimità dei provvedimenti sanzionatori della p.A. e dalla casistica sugli atti emanati in violazione dei principi generali dell'ordinamento statale e unionale.

Compensatory protection as a tool of full jurisdiction

By Fabio Merusi

The jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR) on the respect of art. 6 ECHR concerns the issue of the full jurisdiction of the administrative judge on administrative action.

In order to assess whether it can fully judge the activity of the public administration in accordance with the principle of separation of powers, it is necessary to go back to the origins of the protection of damages, first prerogative of the civil judge, then extended to the administrative judge, not without interference between the two jurisdictions.

The result is a framework for which, in compensation judgments, the administrative judge has full knowledge of the fact that provoked the damage complained of: a breadth of powers inferable also from case law on the legitimacy of sanctioning measures of the public administration and from the case history of acts issued in violation of the general principles of state and union law.

Gli Organismi Indipendenti di Valutazione ed il Ciclo di misurazione e gestione della *Performance* nelle Amministrazioni centrali dello Stato, tra ottimizzazione del risultato organizzativo ed attuazione dei valori costituzionali

di Raffaele Picaro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Sistema di misurazione e valutazione della *performance*: analisi della normativa e declinazione applicativa degli elementi strutturali di riferimento. – 3. Peculiarità e criticità del Piano della *performance*. – 4. Il monitoraggio intermedio del Ciclo di gestione della *performance*. – 5. Complessità dei servizi erogati dalle Amministrazioni centrali dello Stato ed il richiamo alla *performance* di filiera. – 6. Il tema dei controlli: la Relazione sul funzionamento complessivo del Sistema di misurazione, trasparenza e integrità dei controlli interni. – 7. La misurazione e valutazione della *performance* organizzativa. L'esperienza del MIUR. – 8. La validazione della Relazione sulla *performance*. – 9. La validazione delle Note integrative al disegno di legge di Bilancio, alla legge di Bilancio e al Rendiconto generale dello Stato. – 10. Analisi degli indicatori associati ai programmi del Bilancio dello Stato. – 11. Conclusioni.

1. Premessa

Nella prima metà del secolo scorso, il giovane Massimo Severo Giannini, nel riferirsi alle regole della buona amministrazione, sottolineava come queste «riflettono l'arte dell'amministrare, ossia dell'ottimo impiego dei mezzi dell'azione amministrativa»¹. Più tardi, nel presentare al Parlamento della Repubblica, nella sua qualità di Ministro della Funzione Pubblica, lo storico *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, egli stesso si fa ambasciatore di un'idea di organizzazione imperniata sui temi della produttività delle amministrazioni, in termini di «rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti»². Sviluppando ulteriormente il ragionamento così proposto in un itinerario ricostruttivo che segna l'impronta storica del suo pensiero giuridico, sul finire del Novecento, l'illustre studioso ebbe ulteriormente a rimarcare come la pianificazione si appalesi quale connotazione ontologica dell'azione amministrativa nella sua accezione di tecnica di durata, onde consentirle di dispiegare la propria funzione secondo coordinate spaziali e temporali tese ad assicurare efficienza ed efficacia alle competenze che

¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 82. Sul tema ID., *Amministrazione pubblica – premessa storica*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 231 ss.; ID., *Pubblico impiego (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 293 ss. Sul tema R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016, 109 ss.

² Ministro per la Funzione Pubblica, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722 ss.

le risultano normativamente attribuite³. Dunque, una qualificazione fisiologica cui si accompagna una necessaria attività di controllo, che trova un significativo abbrivio nel d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, provvedimento cui si deve l'introduzione della cultura della valutazione nel contesto delle amministrazioni pubbliche, quale suggello della introduzione del concetto di attività amministrativa come servizio alla collettività, assicurando l'implementazione di tecniche gestionali privatistiche, in termini di programmazione, misurazione e valutazione⁴.

Nello scenario ricostruttivo proposto, una novità di rilievo è riconducibile agli Organismi indipendenti di valutazione (OIV) i quali, a partire dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che ne ha promosso l'istituzione, e viepiù dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74, che ne ha intensificato le attribuzioni, sono tenuti ad una serie di adempimenti che presuppongono un coinvolgimento diretto dell'amministrazione nella sua globalità e, dunque, tanto nella fase di programmazione gestoria che nella successiva procedura relativa al complessivo processo di monitoraggio, misurazione e valutazione⁵.

L'attività di tali organismi trova una sua peculiare sedimentazione nel contesto operativo delle Amministrazioni centrali dello Stato⁶, laddove il complesso delle prerogative normalmente riscontrabili nell'ambito della generalità delle pp.aa. viene scandito da ulteriori e significativi adempimenti che incidono e si intrecciano diffusamente con le principali competenze, ordinarie e strategiche, mediante singolari sentieri che pervadono e segnano il Bilancio dello Stato e l'attività di indirizzo del Governo.

A distanza di oltre un decennio dall'emanazione del d.lgs. n. 150 del 2009, è lecito dunque chiedersi se i propositi solennemente richiamati dall'art. 1, co. 2, di tale provvedimento normativo⁷, abbiano trovato una concretizzazione in termini

³ M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello stato contemporaneo*, in *Tratt. dir. amm.* diretto da Santaniello, I, Padova, 1988, 135. Per un approfondimento si veda M.S. RIGHETTINI, *Elementi di scienza dell'amministrazione. Appunti sul caso italiano*, Roma, 2005, 46 ss.; G. BERLINGUER, *Le riforme amministrative a quattro anni dal Rapporto Giannini*, Roma, 1984; G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, IV, 1211 ss.; C. FRANCHINI, *Giannini legislatore*, *ibidem*, 1277 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'opera di Giannini attraverso le sue «carte»*, *ibidem*, 1307 ss.

⁴ M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO e C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia, Atti del Convegno internazionale di Palermo, 6-7 giugno 2019*, Napoli, 2020, 257 ss.; ID., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

⁵ P. TANDA, *Gli Organismi Indipendenti di Valutazione nelle Pubbliche Amministrazioni: disciplina e aspetti critici*, in *Nuove autonomie*, 2014, 1, 117 ss.

⁶ Su cui P.G. LIGNANI, *Premessa*, in G. MOTZO, E. DE MARCO, M. FRANCHINI e U. ROSSI MERIGHI, *Le competenze amministrative del Presidente della Repubblica* e ID., *Le amministrazioni centrali dello Stato*, in *Tratt. dir. amm.* diretto da SANTANIELLO, VI, Padova, 1990, 227 ss.

⁷ L'art. 1, co. 2, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in materia di "Ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni", pubblicato in G.U. n. 254 del 31 ottobre 2009 – Suppl. Ordinario n. 197, recita: «le disposizioni del presente

di precipitati applicativi ovvero siano stati effettivamente capaci di “innovare” il comparto della p.a., realizzando una introiezione dei principi richiamati che si sia spinta oltre il terreno strettamente adempimentale⁸. Tuttavia, la complessità di una tale indagine rende difficile un approfondimento di tutti gli aspetti che emergono dallo specifico spettro di operatività del menzionato disposto come dalle correlate modifiche, siccome intervenute sul piano legislativo ed in termini di *soft law*⁹. In ogni caso, voltando lo sguardo al passato, non è revocabile in dubbio, come, tra aziendalismo ed autoritarismo, il sistema dei controlli interni disegnato sul finire del secolo scorso, sia stato profondamente rivisitato in termini sostanziali: i concetti di *performance*, di misurazione, valutazione, rendicontazione, istituzionale e sociale, il ruolo degli Organismi indipendenti di valutazione, la trasparenza ed, in ultimo, la partecipazione attiva dei cittadini e degli utenti, si propongono ormai come costanti paradigmi giuridici nell’agire della p.a.

decreto assicurano una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l’incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell’autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l’incremento dell’efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all’assenteismo, nonché la trasparenza dell’operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità».

⁸ M.V. AVAGLIANO LUPÒ, *L’efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, Milano, 2001, 15 ss.; S. CASSESE, L. FIORENTINO e A. SANDULLI, *Casi e materiali di diritto amministrativo*, Bologna, 1990, 222 ss.; P. BEVILACQUA, A.M. SAVAZZI e B. SUSIO, *Dieci anni di performance – D.lgs. n. 150/2009 – I valutatori si raccontano*, Milano, 2019, *passim*; B. CARAPELLA (a cura di), *Oltre la casa di vetro. Dal Performance management alla democrazia del dare conto*, Milano, 2019, *passim*; A. BIANCO, A. BOSCATI e R. RUFFINI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Rimini, 2017, 137 ss.; S. MAINARDI, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in *La terza riforma del lavoro pubblico*, a cura di F. CARINCI e S. MAINARDI, Milano 2011, 5 ss.; E. GRAGNOLI, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, *ivi*, 91 ss.; E. VILLA, *Il sistema di misurazione/valutazione della performance dei dipendenti pubblici nel d.lgs. n. 150/2009*, in *Law. Publ. Amm.*, 2009, 773 ss.; ID., *La retribuzione di risultato nel lavoro privato e pubblico: regolazione ed esigibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, 451-487.

⁹ R.R. BAXTER, *International Law in “Her Infinite Variety”*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 29, 4, 1980, 549 ss.; L. DE BERNARDIN, *Soft law*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, 4, Milano, 2006, 5605; M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 81; P.M. DUPUY, *Le droit international de l’environnement et la souveraineté des Etats*, in AA.VV., *L’avenir du droit international de l’environnement*, 1, Dordrecht, 1985, 32; M. BOTHE, «Soft Law» in den Europäischen Gemeinschaften?, in *Staatsrecht-Völkerrecht-Europarecht. Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag*, Berlin-New York, 1981, 761; A. TAMMES, *Soft law*, in *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Hague, 1983, 187; F. TERPAN, *Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2014, 6; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 2; J. LUTHER, *Riconoscimento di forza normativa ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, 67. Si sofferma sulla «graduation dans la force obligatoire des textes juridiques», M. VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique*, in *Ann. Inst. Dr. Int.*, 60-1, 1983, 244.

Se è vero che l'amministrazione deve adeguarsi agli indirizzi previsti dall'applicazione del d.lgs. n. 150 del 2009, secondo una logica di gradualità e di miglioramento continuo, l'OIV deve farsi parte attiva affinché la stessa amministrazione sia in grado di intervenire, nel breve e medio periodo, su differenti fronti per corrispondere, meglio e più compiutamente, a quanto richiesto dalla normativa: un ruolo dunque proattivo, che senza svilire le funzioni di misurazione, valutazione e di controllo che la norma assegna all'organismo in questione¹⁰,

¹⁰ Gli organismi indipendenti di valutazione della *performance* delle amministrazioni pubbliche sono sovente confusi con gli organi dell'ente nel quale operano e sono stati a tal fine costituiti. In verità già la denominazione non dovrebbe lasciar spazio ad alcun dubbio, purtuttavia non sono pochi i casi in cui si palesa una certa equivocità nella determinazione della natura giuridica degli OIV. Peraltro, militano in tale direzione i regolamenti interni che ne disciplinano il funzionamento, i quali, molto spesso, sembrano propendere per una accezione organica. D'altro canto, non può ignorarsi come la qualifica di organo dell'amministrazione dovrebbe essere astrattamente riconducibile a ciascun soggetto, in quanto appartenente stabilmente all'organizzazione dello Stato ovvero di altro ente pubblico: all'organo compete un'attribuzione strumentale, che si contrappone a quella puramente materiale dell'ente pubblico (G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 77 ss.). La questione può sembrare, ad un primo accenno, priva di conseguenze effettive ma in realtà quando, ad esempio, si tratta di prevedere la proroga degli organismi indipendenti di valutazione della *performance* spesso si applica la d.l. 16 maggio 1994, n. 293, come convertito dalla l. 15 luglio 1994, n. 444, alla stregua della quale gli organi della p.a. non ricostituiti sono prorogati per non più di 45 giorni rispetto alla scadenza del termine, con la conseguenza che detti organismi permangono in carica per tale periodo con implicito danno all'erario se intervengono provvedimenti di liquidazione del trattamento economico oltre la *prorogatio*. Se, inoltre, si passano in rassegna le competenze ascritte dal d.lgs. n. 150 del 2009, e le successive modificazioni recate dal d.lgs. n. 74 del 2017, si può agevolmente evidenziare che gli OIV non hanno compiti di amministrazione attiva, ovvero non possono adottare atti che impegnano direttamente l'amministrazione verso l'esterno, bensì solo atti consultivi o di controllo, o meglio di verifica o di validazione. Da tutto quanto sopra, sembra potersi escludere che gli organismi indipendenti di valutazione della *performance* possano essere annoverati tra gli organi dell'amministrazione in senso proprio. In materia cfr. Corte cost., 10 aprile 1962, n. 35; Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885, in *Maxx. Giur. it.*, 1995; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, 31 ss.; J. PRATT HARRIS, *Dinamica della pubblica amministrazione nello stato contemporaneo*, Bologna, 1957, 119 ss.; G. MOTZO, E. DE MARCO, M. FRANCHINI e U. ROSSI MERIGHI, *Configurazioni dei rapporti tra Presidente della Repubblica ed Esecutivo in relazione alle attività amministrative. Alcuni interventi presidenziali di garanzia e controlli*, in *Id.*, *Le competenze amministrative del Presidente della Repubblica* e P. G. LIGNANI, *Le amministrazioni centrali dello Stato*, cit., 104; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *www.astrid-online.it*, 1; E. MAZZONCINI, *Atti amministrativi a contenuto non normative*, in *Amm. it.*, 1983, 11, 1572 ss., per il quale gli atti amministrativi a contenuto non normativo tendano a soddisfare in concreto specifiche esigenze pubbliche, mentre gli atti amministrativi di tipo normativo consistono in un insieme di disposizioni rivolte alla generalità e destinate a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie; A. SANDULLI, *La giurisdizione sugli atti dell'organismo di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 12, 1195-1200; L. R. PERFETTI e A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. Amm.*, 2004, 1, 136; F. ABATE, *La responsabilità del commissario straordinario*, in

ne esalti, in una logica di processo, le specifiche qualità di supporto che la legge pure assegna all'OIV. Tutto ciò presuppone una profonda revisione culturale e tale trasformazione, imperniata su un approccio di tipo organizzativo-gestionale, è indispensabile per modificare un contesto essenzialmente incentrato sull'auto-referenzialità dei soggetti agenti e su metodologie, abitudini e comportamenti saldamente sedimentatisi nel tempo e che, quindi, resistono al cambiamento¹¹. Decise volontà politico-istituzionali abbinata a diffuse disponibilità individuali, esigenze amministrative specifiche e possibilità di fruire di risorse tecniche, informatiche ed umane, rappresentano fattori ineludibili per assicurare concretezza ad un processo revisionale che incide sulle strutture portanti della p.a., in un'ottica che valorizza il cittadino, siccome proiettato nell'impronta personalistica del dettato costituzionale¹².

L'assoluta significatività degli atti promossi in tale contesto di riferimento, unitamente all'attenzione riservata allo spettro dei profili in cui si articola il Ciclo della *performance* da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica, che ha inteso assumere a laboratorio il complessivo atteggiarsi delle attività sviluppatesi nelle Amministrazioni centrali dello Stato, è all'origine di questo studio. L'obietti-

Fall., 2002, 9, 975 ss.; A. MITROTTI, *L'organismo di diritto pubblico: dalla genesi al recente caso della FIGC*, in *Amm. cont.*, 1-2-3, 2020, 1 ss. Sul modello di organizzazione di tipo reticolare delle pubbliche amministrazioni cfr. S. CASSESE, *La basi del Diritto Amministrativo*, Milano, 2000, 190 ss.; G. VOLPE (a cura di), *Alla ricerca dell'Italia federale*, Pisa, 2003, 9 ss.; C. FRANCHINI e G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2012, 86-128.

¹¹ E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002; ID., *La corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico quale presupposto legittimante della "prestazione dirigenziale" nelle pubbliche amministrazioni: teoria e prassi a confronto nell'esperienza italiana e comparata*, in AA.VV., *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato*, Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2005, 67 ss.; ID., *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2007.

¹² Su cui P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*; ID. e P. FEMIA, *Situazione soggettiva e rapporto giuridico*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 2018, 83 ss.; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2^a ed., Napoli-Torino, 1923, 343 ss.; ID., *Le persone giuridiche*, 2^a ed. con note di F. FERRARA JR, Torino, 1956, 32 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 62 ss.; ID., *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 12 ss.; S. COTTA, *Soggetto di diritto*, in *ivi*, XLII, Milano, 1990, 1213 ss., secondo cui «nell'architettura (teorica e pratica) del diritto, ciò che viene in considerazione è sempre l'uomo [...] Sembra dunque che, anche nel campo giuridico, la questione sia risolta in favore del soggetto umano in senso 'attivo', colui che immagina, pensa, progetta, fa qualcosa. Il diritto, si potrebbe dire, celebra le glorie dell'uomo signore»; V. FROSINI, *Soggetto del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 813 ss.; A. GORASSINI, *I soggetti*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di G. AMADIO e F. MACARIO, I, Bologna, 2015, 115-121; C. MAGNI, *Soggetto e persona nel diritto*, in *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, II, Milano, 1953, 23 ss.; Y. C. ZARKA, *L'invenzione del soggetto di diritto*, in *Filosofia politica*, XI, 2, 1997, 428-443. In materia di soggettività si veda anche la recente ricostruzione di R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Fano, 2018, *passim*.

vo è di dar conto delle dinamiche sorte in seguito al cambiamento derivante dalla novella, con particolare attenzione all'operatività che è originata dal citato d.lgs. n. 74 del 2017, pur non trascurando le criticità che sono scaturite dal processo di revisione.

Il presente lavoro, dunque, si propone, attraverso la disamina dei principali compiti che la normativa pone in capo agli OIV e degli atti che tali organismi sono chiamati ad adottare, di realizzare una sorta di “tagliando”, un ripensamento, anche critico, con cui le Amministrazioni centrali dello Stato stanno affinando gli strumenti e le tecniche legati ai temi della *performance*, siccome sedimentati nella recente normazione, seguendo un approccio teso a valorizzare il concetto di creazione di valore pubblico che origina dall'agire della p.a.

2. *Il Sistema di misurazione e valutazione della performance: analisi della normativa e declinazione applicativa degli elementi strutturali di riferimento*

Dunque, a distanza di oltre un decennio dalla sua emanazione, rispetto al quadro normativo previgente, sembra ormai un dato acquisito che le novità in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pp.aa. contenute nel d.lgs. n. 150 del 2009, si siano tradotte in una visione politico-programmatica che ha inteso dare risalto al Ciclo della *performance*¹³.

In particolare, il provvedimento normativo disciplina un apposito sistema previsionale atto a valutare sia le strutture che il personale, al fine di assicurare elevati *standard* qualitativi ed economici del servizio pubblico erogato, tramite la valorizzazione dei risultati, ossia della *performance* organizzativa e della *performance* individuale, che devono essere misurate e valutate¹⁴.

L'indirizzo muove dalla valorizzazione del risultato organizzativo, ovvero di ciò che l'amministrazione, conformemente alla sua funzione istituzionale, eroghi alla collettività. Tale approccio, oltre ad imporre la necessità di realizzare un confronto con l'assetto strutturale in cui si incarna la p.a., passa attraverso la individuazione dei criteri utili ad effettuare la valutazione della prestazione resa, nella prospettiva di garantire l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa,

¹³ Per L. MERCATI, *Efficienza*, in S. CASSESE, (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2144: «(...) l'efficienza indica una relazione fra ciò che si deve fare ed i mezzi di cui si dispone, il che si traduce, sul piano giuridico, in un principio di elasticità dell'azione organizzativa della p.a.». Sul tema P. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Torino, 2016, 47 ss.; ID., *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI e L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento i d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (cd. Riforma Madia)*, Torino, 2018, 370-394.

¹⁴ V. CENTOFANTI, *Il Sistema delle regole: lo SMIVAP*, in B. CARAPPELLA (a cura di), *Oltre la casa di vetro. Dal Performance management alla democrazia del dare conto*, cit., 57 ss.

ma anche del rispetto dei principi di cui all'art. 97 Cost. e dei connessi artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 150 del 2009, i quali individuano nello strumento pianificatorio, il momento cardine nel funzionamento del Ciclo di gestione della *performance*, snodo fondamentale tra l'attività di programmazione e l'attività direttiva, atto a misurare, valutare e rendicontare i risultati attesi¹⁵.

L'anno 2011 è stato, di fatto, il primo esercizio in cui ha trovato applicazione, seppur ancora non in modo compiuto, il citato d.lgs. n. 150 del 2009 e, con esso, le delibere emanate in materia dalla Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CiVIT)¹⁶.

È noto che la disciplina sulla formazione degli *standard* è demandata all'art. 5, co. 2, lett. e), del d.lgs. n. 150 del 2009, come ulteriormente arricchito dai plurimi atti di indirizzo della CiVIT, abilitati a implementare le scelte metodologiche espresse dal legislatore. Difatti, l'art. 13, co. 6, lett. h) e f), del d.lgs. n. 150 del 2009, aveva individuato nella CiVIT, il soggetto cui demandare la competenza a confrontare le *performance* delle amministrazioni pubbliche, ricorrendo ad indicatori di andamento gestionale per poi disseminarne gli esiti e di adottare «le linee guida per la definizione degli strumenti per la qualità dei servizi pubblici»¹⁷.

Allo scopo di conseguire elevati *standard* in termini di efficacia ed efficienza della p.a.¹⁸, è stato disciplinato per legge il Sistema di misurazione e valutazione della *performance* (SMVP) delle strutture e dei dipendenti pubblici, nel quale sono individuati gli ambiti e le metodologie della valutazione, i soggetti coinvolti e gli strumenti premiali¹⁹.

¹⁵ P. MONDA, *Valutazione (lavoro pubblico)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg., Torino, 2017, 512 ss., per il quale «ne deriva un'intensa relazione tra l'obiettivo e la verifica del risultato; un rapporto in cui si esprime una dinamica cruciale per le amministrazioni: il risultato rappresenta, anzitutto, la traduzione empirica del progetto di attività che, in funzione di una data scelta programmatica, l'obiettivo individua e questo, inevitabilmente, si riflette sulla sua valutazione. Ciò con l'effetto di ancorare la misura dell'efficacia alla capacità di raggiungere l'obiettivo stesso. Del resto, gli esiti finali dell'organizzazione sostanziano il momento conclusivo di una sequenza interna all'amministrazione, che non può prescindere dall'apporto politico: la funzione di indirizzo, diversamente, perderebbe ogni significato con gravi derive istituzionali».

¹⁶ Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, istituita con d.lgs. n. 150 del 2009 ed entrata in funzione nel 2010.

¹⁷ In materia, C. CHIARIELLO, *L'inquadramento delle Linee Guida nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in *federalismi.it*, 3 novembre 2020. Sul tema, P. MONDA, *Valutazione (lavoro pubblico)*, cit., 516; ID., *Risultato, responsabilità dirigenziale e potere organizzativo*, in ID., *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Torino, 2016, 52 ss.

¹⁸ Per S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 207, «all'economicità e all'efficacia, enunciati dalla legge, viene a volte accostato il principio di efficienza: in termini generici, esso è sinonimo di buon andamento; in termini specifici, riguarda il rapporto tra costi e benefici, quindi implica l'effettiva utilità della decisione».

¹⁹ E. GRAGNOLI, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 4.

Già in sede di prima applicazione della normativa di riferimento, si stagliava la centralità del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, quale documento che descrive il complesso integrato di regole, procedure, attori e strumenti, grazie al quale l'amministrazione è in grado di sovrintendere alle proprie attività di misurazione e valutazione della *performance*, sia organizzativa che individuale.

Giova precisare che, ai sensi dell'art. 30, co. 3, del d.lgs. n. 150 del 2009, il SMVP doveva essere definito dagli Organismi indipendenti di valutazione, secondo gli indirizzi della CiVIT (delibere n. 88 e n. 89 del 2010), entro il 30 settembre 2010, in modo tale da assicurarne l'operatività a decorrere dal 1° gennaio 2011²⁰.

Per le Amministrazioni dello Stato, in fase di prima applicazione, i principi generali cui il documento si ispirava erano quelli introdotti dall'art. 21, co. 6, del Contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) per il quadriennio 2002-2005 del personale dirigente dell'Area 1, sottoscritto il 21 aprile 2006 e, quindi, motivazione della valutazione, oggettività delle metodologie, trasparenza e pubblicità dei criteri usati e dei risultati; diretta conoscenza dell'attività del valutato da parte dell'organo proponente o valutatore di prima istanza; partecipazione al procedimento del valutato, anche attraverso la presentazione, da parte dello stesso dirigente, di una sintetica relazione scritta riguardante l'attività svolta e la corrispondenza della stessa con gli obiettivi assegnati; contraddittorio in caso di valutazione non positiva, da realizzarsi in tempi certi e congrui.

Il sistema, pertanto, si articolava nei seguenti punti fondamentali: valutazione dei risultati ottenuti e dei comportamenti organizzativi ed attribuzione del relativo punteggio; calcolo del punteggio complessivo; compilazione della graduatoria; attribuzione della retribuzione di risultato calcolata in proporzione al punteggio conseguito, secondo i criteri e le modalità stabiliti in sede di trattazione integrativa.

In prosieguo, le Amministrazioni centrali dello Stato hanno recepito le modifiche normative intervenute, in particolare il d.lgs. n. 74 del 2017 e le Linee guida per il Sistema di Misurazione e Valutazione della *performance* – Ministeri, n. 2 del 2017, adottate dal Dipartimento della Funzione Pubblica²¹, rispondendo ad alcune peculiari esigenze dei dicasteri²².

²⁰ In materia G. VALOTTI, G. TRIA, D. GALLI, M. TANTARDINI e A. ORLANDI, *Quale performance? Indicatori e sistemi di misurazione in uso nei Ministeri di sette Paesi OCSE. Proposte per le amministrazioni centrali italiane*, Milano, 2012, 10 ss.; A. CIFALINÒ, *Misurazione delle performance aziendali e valutazione della formazione*, Milano, 2012, 74 ss.; M. BERTOCCHI, L. BISIO e G. LAELLA, *Organismi indipendenti e Nuclei di valutazione negli Enti locali. Guida operativa alla gestione del ciclo della performance*, Rimini, 2011, 220 ss.

²¹ F. BILARDO e M. PROSPERI, *Piano nazionale e Piani decentrati anticorruzione. La riforma anticorruzione in una visione integrata giuridica e organizzativa*, Rimini, 2014, 56.

²² A.M. SVAZZA, *Le amministrazioni sono chiamate ad adeguare il Sistema di misurazione e valutazione della performance*, in *Azienditalia*, 2017, 11, 563 ss.

I documenti varati, soggetti ad aggiornamento annuale previo parere vincolante dell'OIV, si connotano per la chiarezza dei ruoli affidati ai principali attori coinvolti nella gestione del Ciclo della *performance*, attraverso la definizione di una tempistica certa e la declinazione delle varie fasi in cui si articola l'intero processo di valutazione; per la rilevanza assegnata alla *performance* organizzativa; per lo spazio attribuito alle procedure di conciliazione; per l'eliminazione del meccanismo dell'autovalutazione attraverso la definizione di un processo scandito nelle fasi e nei tempi, al fine di consentire con evidente chiarezza la formulazione del giudizio finale di valutazione; per il tendenziale coinvolgimento dell'OIV indirizzato non soltanto alla valutazione dei Capi dei Dipartimenti o del Segretario generale, laddove previsto, ma anche dei Direttori generali, mediante apposita istruttoria preliminare alla valutazione da parte di tale Organismo, nell'ambito della dirigenza di vertice; per la valorizzazione della *performance* di filiera; per l'evidenza delle modalità di rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti, interni ed esterni, e dei cittadini, in relazione ai servizi offerti.

3. Peculiarità e criticità del Piano della performance

Come è noto, ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 150 del 2009 le pp.aa., al fine di assicurare la qualità, la comprensibilità e l'attendibilità dei documenti di rappresentazione della *performance*, redigono e pubblicano sul proprio sito istituzionale con cadenza annuale e, comunque, non oltre il 31 gennaio, il Piano della *performance*, quale documento programmatico triennale, definito dall'organo di indirizzo politico-amministrativo in collaborazione con i vertici dell'amministrazione e secondo le indicazioni impartite dal Dipartimento della Funzione Pubblica²³.

²³ P. MONDA, *Valutazione (lavoro pubblico)*, cit., 516, il quale evidenzia: «va precisato che l'art. 10, co. 4, d.lgs. n. 150/2009 – con cui si prescriveva l'obbligo di “contenere la medesima direttiva nel Piano delle *Performance*” – è stato abrogato dall'art. 8, d.p.r. n. 105/2016. Ciò, tuttavia, non impedisce di continuare a rinvenire nella direttiva del Ministro l'atto con il quale individuare, su base annuale, gli obiettivi programmatici: a dimostrarlo sono sia gli artt. 4, 1° co., lett. b), e 14, 1° co., lett. a), d.lgs. n. 165/2001 sia l'art. 8, d.lgs. n. 286/1999, che tale idoneità prevedono espressamente. Pertanto, la menzionata abrogazione – di per sé molto dubbia, dovendo il d.p.r. n. 105/2016 limitarsi a riordinare le funzioni trasferite dall'ANAC al Dipartimento per la funzione pubblica – non esclude la necessità di considerare i contenuti programmatici della direttiva, nel formulare gli indicatori per misurare e valutare la performance dell'amministrazione: diversamente, essa non dispiegherebbe più la funzione assegnata dagli articoli prima citati, che verrebbero, così, privati della loro coerenza. Non a caso, pur essendo abrogato il 4° comma dell'art. 10, d.lgs. n. 150/2009, il Piano della *Performance* continua a essere un documento triennale adottato ogni anno: una scelta che, presumibilmente, intende raccordare le opzioni programmatiche triennali con i cicli gestionali annuali avviati, nell'ipotesi in esame, dalla più volte citata direttiva»; C. OGRISEG, *La valutazione e la valorizzazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2010, 345 ss.; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 201 ss.

Tale documento, che dà impulso al Ciclo della *performance*, declina gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance* dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori²⁴.

Il Piano recepisce, secondo il *cascading process*²⁵, le prospettive disegnate nel contesto della programmazione strategica, annuale e pluriennale, di cui diventa momento esplicativo. Nel fissare i propri obiettivi, l'amministrazione deve considerare i risultati raggiunti nell'anno precedente, come documentati nella Relazione sulla *performance*.

Occorre, al riguardo, evidenziare che, per quanto si giustifichi con l'intento di predeterminare obiettivi realistici, come recentemente osservato dalla magistratura contabile, detto indirizzo talvolta induce a fissare risultati che non consentono un significativo miglioramento dei servizi erogati, soprattutto se l'amministrazione si è attestata su livelli molto bassi di produttività.

In tal senso si rivela di grande utilità l'azione di supporto metodologico che l'OIV è in grado di fornire nella fase di pianificazione, laddove recepita nel contesto del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*²⁶.

Nell'ambito dei Ministeri, l'elaborazione del Piano della *Performance* si lega all'Atto di indirizzo del Ministro e alla Direttiva che ne consegue, ma soprattutto alle Note integrative al Bilancio dello Stato, previste dall'art. 21, co. 11, lett. a) della legge di riforma contabile n. 196 del 2009²⁷. E, difatti, queste, allegate al

²⁴ P. MONDA, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica nel d.lgs. n. 150/2009: l'applicazione a Regioni ed Enti locali*, in *Ist. feder.*, 2009, 1081; F. PATRONI GRIFFI, *Sistemi di valutazione collettiva e rispetto degli standard*, in R. PEREZ (a cura di), *Il "Piano Brunetta" e la riforma della Pubblica Amministrazione. Atti del seminario tenuto nella Facoltà di Scienze statistiche della Sapienza Università di Roma*, Rimini, 2010, 35 ss.; R. RUFFINI, *La valutazione della performance individuale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2013, 33 ss.

²⁵ PON Governance e Azioni di Sistema (FSE) 2007-2013 Obiettivo I – Convergenza Asse E – Capacità istituzionale Progetto "Performance PA" Ambito B – Linea 2, *Riflessioni e strumenti per il cascading degli obiettivi strategici ed operativi per gli Atenei e la definizione dei relativi indicatori, declinati per le diverse strutture organizzative*, 2014. Sul tema E. QUARANTA, *La misurazione e la valutazione della performance organizzativa nelle amministrazioni pubbliche*, in *Salvis Juribus*, 2018, 10 ss.; M. ROSSI e L. FALDUTO, *Il sistema della performance dopo il D.Lgs. 74/2017*, Milano, 2017, 94 ss.

²⁶ A.S. BERGANTINO, *Il piano della performance*, in B. CARAPELLA (a cura di), *Oltre la casa di vetro. Dal Performance management alla democrazia del dare conto*, cit., 113 ss.

²⁷ Il contenuto delle Note integrative è stabilito per il Bilancio di previsione dall'art. 21, co. 11 lett. a) e per il Rendiconto dall'art. 35, co. 2 della l. 31 dicembre 2009, n. 196, integrati e modificati dal d.lgs. 12 maggio 2016, n. 90, relativo al completamento della riforma della struttura del Bilancio dello Stato (in attuazione della delega di cui all'art. 40 della stessa l. n. 196 del 2009) e dalla successiva l. 4 agosto 2016, n. 163, che ha adeguato i contenuti della legge di bilancio in attuazione della delega di cui all'art. 15 della legge 24 dicembre 2012, n. 243. Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, Ispettorato generale del bilancio, Nota integrativa dallo stato di previsione dell'entrata, (Aggiornamento ai sensi dell'art. 21 della Legge n. 196/2009), in www.rgs.mef.gov.it.

disegno di legge del Bilancio e aggiornate con legge di Bilancio, costituiscono lo strumento attraverso cui ciascun Ministero, in coerenza con il quadro di riferimento socioeconomico e istituzionale nel quale opera e con le priorità politiche assegnate, dà conto dei criteri di formulazione delle previsioni finanziarie in relazione ai programmi di spesa, gli obiettivi da raggiungere e agli indicatori per misurarli.

A partire dal Piano della *performance* per il triennio 2018-2020, le Amministrazioni centrali hanno interiorizzato due fattori che hanno segnato il metodo di sviluppo del documento. Il primo è costituito dall'applicazione delle Linee guida della Funzione Pubblica per la predisposizione del Piano della *performance* dei Ministeri, che ha tenuto conto sia della natura complementare del Piano con i restanti documenti di gestione economica, che della visione complessiva ed integrata dei singoli momenti che costituiscono la strategia del Ciclo della *performance*²⁸. Il secondo fattore è rappresentato, invece, dall'esperienza acquisita nell'ambito delle attività svolte all'interno di alcuni laboratori interattivi di approfondimento realizzati con il Dipartimento di Funzione Pubblica, che hanno coinvolto tutte le strutture di ogni Ministero, allo scopo di condividere buone pratiche e individuare criticità comuni. Questo approccio, inedito per le prassi di settore, ha consentito di superare le possibili differenze applicative negli assetti pianificatori tra le diverse strutture amministrative, incrementando la consapevolezza di tutti gli uffici coinvolti rispetto agli obiettivi individuati.

In ottemperanza alle Linee guida per il Piano della *performance* n. 1 del 2017 emanate dal Dipartimento della Funzione Pubblica, per ogni obiettivo specifico individuato nel Piano, le amministrazioni hanno definito uno o più indicatori in grado di misurare e rappresentare la *performance* organizzativa. Gli indicatori in questione sono stati suddivisi in quattro tipologie: stato delle risorse, efficacia, efficienza e impatto. Giova precisare come, in occasione delle attività laboratoriali all'uopo svolte, la scelta degli indicatori è stata oggetto di riflessioni e di confronto con il Dipartimento della Funzione Pubblica, nell'intento di rendere la scelta dei medesimi la più adeguata a misurare i risultati attesi e la coerenza delle attività rispetto alle risorse.

Sembra utile, inoltre, rimarcare che nel Piano 2018, per la prima volta, è stato introdotto il concetto di *baseline*, inteso come valore di partenza degli indicatori per il raggiungimento dei risultati attesi²⁹. Per il passato, infatti, i Piani della

²⁸ In materia cfr. L. TAMASSIA e A.M. SAVAZZI, *Il rapporto di lavoro nelle regioni e negli enti locali. Dalla costituzione alla cessazione del rapporto di lavoro anche in regime emergenziale dal Covid-19*, Milano, 2020, 527 ss.

²⁹ F. ANGEI e F. TUCCI, *La valutazione della performance della PA: alcuni spunti di riflessione*, in *Osservatorio sui conti pubblici italiani*, 14 settembre 2020; V. PINTO, *La valutazione della performance tra disciplina legislativa e realtà*, in B. CARAPELLA (a cura di), *Oltre la casa di vetro. Dal Performance management alla democrazia del dare conto*, cit., 162-167; ID., *Valutazione della performance e politiche di sviluppo*

performance si sono rivelati spesso “senza memoria”: ogni esercizio prendeva le mosse privandosi dell’apporto incrementativo di valore rappresentato dal collegamento con i precedenti, senza identificare il corrispondente abbrivio. Al contrario, essendo il Piano uno strumento di pianificazione e di programmazione, è necessario conoscere il punto di partenza, tenendo conto dei risultati conseguiti ma anche degli ostacoli e delle sopravvenienze accorse. Inoltre, in assenza di una *baseline* sarebbe impossibile svolgere l’attività di monitoraggio e controllo ed una validazione dei risultati rispetto agli obiettivi pianificati. La *baseline* del processo di pianificazione ed i corrispondenti *items*, infatti, consentono di assumere un’istantanea del contesto da poter utilizzare quale spettro di riferimento tanto in itinere che in relazione ai cicli successivi³⁰.

Attraverso il processo di *cascading* è stata prevista la declinazione degli obiettivi specifici triennali in obiettivi annuali, assegnati agli uffici dirigenziali generali, e in linee d’attività/obiettivi operativi assegnati agli uffici dirigenziali non generali. Anche tale risultato è stato conseguito attraverso incontri ed approfondimenti avvenuti all’interno dei laboratori interattivi promossi dal Dipartimento della Funzione Pubblica, che hanno consentito alle Amministrazioni centrali – pur nella complessità di una programmazione altamente condizionata dal mutare continuo delle norme di riferimento, da un’utenza sempre più estesa, dalla necessità di integrazione tra le varie fasi della programmazione strategica, finanziaria, gestionale – di “sdoganare” una visione unitaria della valorizzazione della *performance* nel suo complesso attraverso un polo unico di approfondimento e di dibattito a livello di ogni singola amministrazione, con il più ampio coinvolgimento del personale interessato, anche grazie a *team* individuati per tematiche e rappresentanze.

Inoltre, il coinvolgimento dei vertici stessi nel processo di definizione delle priorità politiche fin dalle prime fasi di avvio dei *workshop* ha dato un’accelerazione ai tempi di comunicazione e interazione tra vertice e strutture, sostenendo la crescita progressiva e allineata dei gruppi coinvolti e arginando, al contempo, le resistenze al nuovo e le percezioni (talvolta distorte) della funzione programmatica.

Tale approccio metodologico ha altresì generato un vasto interesse all’approfondimento teorico e alla condivisione delle tematiche, proponendosi come saldo presupposto per il miglioramento continuo dei processi programmatici³¹.

professionale. Osservazioni sul problema del cambiamento delle logiche di azione nelle pp.aa., in D. GAGLIOTTI, M. RANIERI, A.M. SAVAZZI (a cura di), *Risultati e prospettive per i sistemi di valutazione della performance: confronti tra gli organismi indipendenti di valutazione delle Regioni e delle Province autonome*, atti del Seminario Nazionale di Catanzaro del 18 marzo 2016, Padova, 2016, 83-90.

³⁰ M. MARTINATI e D. CORBUCCI, *Project management Template, Modelli gestionali standard e guida pratica per il project manager e per il PMO aziendale in linea con il PMBOK® Guide*, Milano, 2013, 94 ss. e 140 ss.

³¹ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un’impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 327/20;

4. *Il monitoraggio intermedio del Ciclo di gestione della performance*

Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2009, come modificato dal d.lgs. n. 74 del 2017, gli Organismi indipendenti di valutazione devono verificare l'andamento delle *performance* rispetto agli obiettivi programmati durante il periodo di riferimento, segnalando la necessità o l'opportunità di interventi correttivi in corso di esercizio all'organo di indirizzo politico-amministrativo, anche in relazione al verificarsi di eventi imprevedibili tali da alterare l'assetto dell'organizzazione e delle risorse a disposizione dell'amministrazione³². Prima delle modifiche apportate al citato art. 6, dall' art. 4, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 74 del 2017, tale prerogativa era riconducibile in via esclusiva all'organo di indirizzo politico, secondo un approccio che demandava a quest'ultimo la modifica degli obiettivi fissati nel Piano della *performance*, in relazione al sopravvenire di circostanze che ne avessero richiesto una rimodulazione, assecondando un inquadramento ritenuto più coerente in termini sistematici³³.

Le variazioni, verificatesi durante l'esercizio, degli obiettivi e degli indicatori della *performance* organizzativa e individuale sono inserite nella Relazione sulla *performance* e vengono valutate dall'OIV ai fini della validazione di cui all'art. 14, co. 4, lett. c) della novella. Il monitoraggio intermedio si propone, dunque, di assumere informazioni circa le variazioni di bilancio eventualmente intervenute e le rimodulazioni discendenti dalla ripartizione di ulteriori risorse; le eventuali modifiche apportate nella filiera degli obiettivi, anche in termini di metriche e indicatori; lo stato di avanzamento e andamento dei programmi operativi, in

A. CATELANI, *Il pubblico impiego*, in *Tratt. dir. amm.* diretto da Santaniello, XXI, Padova, 1991, 12 ss.; M. BROLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *www.lavoropubblicheamministrazioni.it*, 2017, 1 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLLE "Massimo D'Antona".IT* – 335/2017; V. PINTO, *La flessibilità funzionale ed i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2016, I, 367 ss.; AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WPCSDLLE "Massimo D'Antona". Collective Volumes* – 6/2017; A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 87 ss.; P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, *ivi*, 3 ss.; G. CHIARO, G. PRATI e M. ZOCCA, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *Soc. lav.*, 2015, 138, 69 ss.

³² D. PREITE, *Misurare la performance nelle amministrazioni pubbliche: Logiche, metodi, strumenti ed esperienze*, Milano, 2011, 163 ss.; A. D'ADAMO, C. LOMBARDI e A. ROSA, *Manuale per la gestione della performance nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2019, 123 ss.; L. DONÀ, S. FABRIS e M. ROSSI, *Performance. Gestione, misurazione e valutazione. Enti locali, istituti scolastici, OIV e nuclei di valutazione*, 2019, 71 ss.; A. CAGLIO, A. DITILLO e M. MORELLI, *Misurare e gestire le performance. Strumenti e modelli per monitorare i risultati*, Milano, 2020, 21 ss.

³³ A. GABRIELE, *La valutazione della performance nella "quarta" riforma del lavoro pubblico*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1032 ss.; M. LOVO, *La valutazione dei dipendenti pubblici: novità della riforma "Madia" e questioni aperte*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2018, 111 ss.

relazione ai dati di spesa; le eventuali proiezioni in termini di criticità di completamento di programmi, sia per promuovere l'adozione degli interventi correttivi, che per tenerne conto nella fase di predisposizione della programmazione strategica per gli anni successivi³⁴.

Le risultanze emerse in sede di monitoraggio, sulla base dell'esame delle schede compilate dalle Amministrazioni centrali, hanno consentito agli OIV di registrare un tendenziale disallineamento tra gli obiettivi del Piano della *performance* e quelli della Direttiva generale per l'azione amministrativa e la gestione riferita al medesimo anno. Questi ultimi, invece, trovavano, una piena corrispondenza con la Nota integrativa alla legge di Bilancio. La riflessione, in particolare, si è appuntata sulla necessità di assicurare una stretta coerenza degli obiettivi così come declinati nel contesto dei tre documenti programmatici citati, al pari della opportunità di garantire adeguata conoscenza degli stessi³⁵.

Non va sottaciuto come la configurazione degli obiettivi abbia talvolta risentito anche di una genericità descrittiva, con una maggiore attenzione alle attività interne dell'amministrazione che non alla finalità specifica perseguita dagli stessi – tanto che in alcune circostanze essi sembravano coincidere con la declaratoria delle competenze ascritte ai singoli uffici dirigenziali – con una conseguente scarsa efficacia comunicativa nei confronti degli *stakeholder*. D'altra parte, la scarsa esplicitazione degli obiettivi non facilitava neppure la scelta di indicatori idonei a misurarne il loro conseguimento. Ne deriva che spesso la scelta degli indicatori utilizzati non ha consentito né di rappresentare le variabili principali che determinano i risultati dell'amministrazione, né di misurare esattamente il grado di raggiungimento dell'obiettivo, né, ancora, di comparare i dati nel tempo.

5. *Complessità dei servizi erogati dalle Amministrazioni centrali dello Stato ed il richiamo alla performance di filiera*

Nell'ambito della valutazione delle attività dispiegate dalle Amministrazioni centrali dello Stato ha recentemente assunto un particolare interesse la cosiddetta *performance* di filiera, che è stata ed è oggetto di analisi da parte del competente Dipartimento della Funzione Pubblica e della Commissione tecnica della *perfor-*

³⁴ A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *www.lavoropubbliceamministrazioni.it*, 2017, 1 ss.; R. RUFFINI, *Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche al d.lgs. n. 150/2009*, in A. BIANCO, A. BOSCATI e R. RUFFINI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, cit., 145 ss.

³⁵ Sul tema cfr. M. BIGONI e C. BEGHELLI, *Gli strumenti della performance. Un'analisi dei piani e delle relazioni sulla performance 2011 nei comuni di grandi dimensioni*, in F. BADIA e G. CESTARI (a cura di), *Il legame fra coesione territoriale, sviluppo locale e performance d'impresa. Scritti ferraresi in ricordo del Professor Antonio d'Atri*, Milano, 2014, 92-122.

mance, tant'è che sono in fase di predisposizione da parte di codeste strutture apposite linee guida contenenti indicazioni e suggerimenti per l'attuazione della richiamata tipologia di esplicitazione dei servizi³⁶.

L'approfondimento del tema muove dallo spettro di osservazione riservato alla misurazione della *performance* organizzativa e, dunque, guarda all'impatto che l'attività amministrativa realizza sulla collettività in termini di creazione di valore pubblico, contribuendo così alla trasparenza dei processi decisionali e all'*accountability*³⁷. Abbandonata la visione weberiana dell'organizzazione del lavoro, l'approccio muta le sue coordinate dagli studi aziendalistici realizzati in materia di catena del valore³⁸ e si intreccia con il paradigma che si incarna nel valore pubblico dell'attività resa dalla p.a., come declinato a partire da Moore³⁹.

Il concetto di filiera esalta il ruolo di coordinamento ed aggregazione delle Amministrazioni dello Stato, dando conto dei ruoli di responsabilità politica e amministrativa dei soggetti che concorrono all'erogazione del servizio e misurandone l'impatto delle corrispondenti azioni sulla collettività⁴⁰.

Si tratta di un aspetto che presenta certamente margini di difficoltà applicativa nel contesto degli enti vigilati, con un necessario punto di raccordo tra

³⁶ Prof. Enrico Deidda Gagliardo (CTP), Prof. Gianfranco Reborà (OIV MIPAAF), Ing. Luca Cellesi (UVP), Ing. Ciro Esposito (OIV MIT), *Verso la performance di filiera*, in Dipartimento della Funzione Pubblica, Incontro plenario con le amministrazioni e gli OIV, Roma, 27 maggio 2019.

³⁷ Nell'accezione di rendicontazione da parte dell'amministrazione ma anche di potere di valutazione e di condizionamento che soggetti portatori di interessi qualificati hanno rispetto all'agire pubblico. Sul tema, L. FIORENTINO, *Il trattamento dei dati personali: l'impatto sulle amministrazioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6, 690 ss. Per riferimenti alla letteratura internazionale, R.B. STEWART, *Accountability and the Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance*, dattiloscritto, Viterbo II GAL Seminar, 9-10 giugno, 2006, 1; R.W. GRANT e R.O. KEOHANE, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, ILLJ Working Paper, 7, in *Global Administrative Law Series*, 2004, 2 ss., ora in *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, in *American Political Science Review*, 99, 1, February 2005, 37; A. BUCHANAN e R.O. KEOHANE, *The Legitimacy Of Global Governance Institutions*, in *Ethics & International Affairs*, 20, 4, 2006, 405 ss.

³⁸ M.E. PORTER, *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, New York, 1985, cui si deve l'introduzione del concetto di catena del valore, inteso come modello di organizzazione aziendale basato su processi, complementari e coordinati, finalizzati alla produzione e alla commercializzazione del bene o del servizio finale; le strategie di integrazione verticale da parte delle imprese di medie dimensioni sono orientate a massimizzare il profitto lungo tutto il ciclo di vita del prodotto, esternalizzando le attività poco remunerative e mantenendo all'interno le attività ritenute fonte di vantaggio competitivo

³⁹ M.H. MOORE, *Public Value as the focus of strategy*, in *Australian Journal of Public Administration*, 53, september 1994, secondo cui «*Let me start with a simple, bold assertion: the task of a public sector manager is to create public value. This may not sound particularly startling here in Australia where you have all gotten used to talking about "value for money" in public sector operations, but it sounds more shocking in the United States.*».

⁴⁰ V. LUCCHESI, *Pubblica Amministrazione: la performance organizzativa tra Valore Pubblico e better regulation*, in *Postpolicy*, 11 giugno 2020.

l'autonomia statutariamente riservata a costoro e l'intendimento di attrarre nel contesto del disegno riformatore l'attività da questi dispiegata, nella prospettiva di valorizzare l'integrazione organizzativa del servizio pubblico che ne deriva⁴¹, sulla base degli atti programmatici di settore e delle previste direttive contenenti le linee strategiche e gli obiettivi che gli stessi enti sono chiamati a perseguire nello svolgimento delle prerogative loro attribuite, ferma restando l'autonomia nelle scelte e nelle politiche di settore.

In termini ontologici, la *performance* di filiera richiede per la sua realizzazione una pluralità di soggetti istituzionalmente collegati, chiamati, ciascuno per la parte di relativa competenza, ad effettuare una serie di attività, funzionalmente coordinate ed interdipendenti, finalizzate al conseguimento di un obiettivo comune, che si realizza per effetto delle iniziative poste in essere da tutti gli attori coinvolti nella filiera.

In tale contesto è fondamentale l'attività di programmazione, la quale deve muovere da un saldo indirizzo espressivo di coordinamento e confronto tra le amministrazioni chiamate a contribuire alla realizzazione dell'obiettivo siccome individuato dall'ente c.d. capofila, con un congruo anticipo rispetto all'avvio del progetto, tenuto conto che ciascuno degli enti coinvolti dovrà poi trasfondere l'obiettivo prescelto nell'ambito del proprio Piano della *performance*.

Resta inteso che una programmazione così articolata richiede una concertazione tra soggetti attratti, effettuata con largo anticipo rispetto al termine del 31 gennaio di ogni anno, previsto per l'approvazione del Piano della *performance* per le amministrazioni pubbliche. Certamente, nella prospettiva di assicurare adeguata coerenza programmatica all'attività promossa, sarebbe utile che questa fosse realizzata già a partire dalle Note integrative alla legge di Bilancio.

6. *Il tema dei controlli: la Relazione sul funzionamento complessivo del Sistema di misurazione, trasparenza e integrità dei controlli interni*

Ai sensi dell'art. 14, co. 4, lett. a) del d.lgs. n. 150 del 2009, come modificato dal d.lgs. n.74 del 2017, l'Organismo indipendente di valutazione monitora il funzionamento complessivo del Sistema della valutazione, della trasparenza e

⁴¹ Sul versante del rapporto del MUR con gli enti di ricerca vigilati si veda il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 218, "Semplificazione delle attività degli enti pubblici di ricerca ai sensi dell'art. 13 della legge 7 agosto 2015, n. 124". Sul tema cfr. *amplius* Camera dei Deputati, Servizio Studi, *La disciplina degli enti di ricerca*, Roma, 24 maggio 2019. In proposito giova osservare come, in base al d.lgs. n. 218 del 2016, ogni ente è chiamato ad adottare, in conformità con le Linee guida enunciate nel Programma nazionale della ricerca (PNR), un Piano triennale di attività, aggiornato annualmente e approvato dal Ministero vigilante, con il quale determina autonomamente anche la consistenza e le variazioni dell'organico e la programmazione per il reclutamento, nel rispetto dei limiti in materia di spesa per il personale (artt. 7 e 9).

integrità dei controlli interni ed elabora una relazione annuale sullo stato dello stesso, anche tramite la formulazione di proposte e raccomandazioni ai vertici amministrativi⁴².

Con tale documento, l'OIV analizza la messa a punto ed il grado di applicazione da parte dell'amministrazione degli strumenti e delle misure previste dal d.lgs. n. 150 del 2009, con particolare riguardo agli aspetti relativi alla misurazione e alla valutazione della *performance*, alla trasparenza, nonché all'integrazione tra i diversi sistemi di controllo interno⁴³. Nell'evidenziare i risultati ottenuti, come le criticità riscontrate con riferimento al funzionamento complessivo dei sistemi, l'analisi che viene effettuata ai fini della predisposizione di tale Relazione, prende in considerazione anche la complessità del contesto di riferimento in cui l'amministrazione si trova ad operare.

Nello specifico i temi trattati nella Relazione riguardano la *performance* organizzativa e quella individuale, il processo di attuazione del Ciclo della *performance*, l'infrastruttura di supporto e i sistemi informativi e informatici di sostegno all'attuazione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità per il rispetto degli obblighi di pubblicazione, la definizione e la gestione degli *standard* di qualità, nonché l'utilizzo dei risultati derivanti dalla applicazione del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*⁴⁴.

7. *La misurazione e valutazione della performance organizzativa. L'esperienza del MIUR*

L'Organismo indipendente di valutazione è tenuto, ai sensi dell'art. 7, co. 2, lett. *a*), del d.lgs. n.150 del 2009, come modificato dal d.lgs. n. 74 del 2017, ad effettuare la misurazione e valutazione della *performance* di ciascuna struttura amministrativa nel suo complesso.

Nel dibattito che si è realizzato in merito ai precipitati applicativi della norma in discorso, sono emersi plurimi indirizzi non sempre, in verità, coerenti con la sua *ratio legis* né tantomeno rispettosi della funzione teleologica assegnata

⁴² Sul tema N. CASTELLANO, F. BARTOLACCI e S. MARASCA, *Controllo di gestione. Pianificazione, programmazione e reporting*, Torino, 2020, 207 ss.; C. TROMBETTA e S. TROMBETTA, *Valutazione delle prestazioni e sistema premiante. Come applicare la Riforma Brunetta del Pubblico Impiego*, Milano, 2010, 46-50; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2011, 119 ss.; L. OLIVIERI, *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico. Il d.lgs. 150/2009 dopo la Manovra Monti commentato articolo per articolo*, Rimini, 2012, 21 ss.

⁴³ A. NISIO, *Il Sistema dei controlli e la misurazione della performance*, in B. CARAPPELLA (a cura di), *Oltre la casa di vetro. Dal Performance management alla democrazia del dare conto*, cit., 154 ss.; F. MERLONI e L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 37 ss.

⁴⁴ In materia F. BILARDO e M. PROSPERI, *Piano nazionale e Piani decentrati anticorruzione. La riforma anticorruzione in una visione integrata giuridica e organizzativa*, cit., 353 ss.; A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013, 97 ss.

alla disposizione in argomento⁴⁵. Affrancato dalla prospettiva legata alla prestazione individuale, l'approfondimento del tema si lega alla dimensione complessiva dell'azione della p.a., prestandosi a verificare il grado di incidenza, in termini di efficienza ed efficacia, delle politiche e dei servizi complessivamente erogati.

In questa cornice si colgono le potenzialità della *performance* di filiera, quale strumento in grado di sussumere la catena incrementale del valore nel progressivo combinarsi delle attività di organismi concorrenti alla missione dispiegata in via diretta dalla p.a., ed anche della rendicontazione sociale e della connessa valutazione partecipativa. L'analisi della questione meriterebbe, in verità, una più nutrita esegesi, che evidentemente si spinge oltre i limiti della trattazione in argomento, poiché ancora non sono stati pienamente esplorati i plurimi profili di potenzialità insiti nella previsione in discussione, i quali certamente segneranno in futuro l'azione degli OIV sul versante delle responsabilità della p.a. conseguenti alla mancata attuazione delle raccomandazioni ivi declinate⁴⁶.

Tale disposizione normativa nell'esperienza del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) ha trovato la sua prima applicazione alla fine del mese di dicembre dell'anno 2020, quando, in occasione della predisposizione della Relazione sulla *performance* per l'anno 2019, l'OIV ha provveduto a misurare e valutare la *performance* organizzativa dell'Amministrazione nel suo complesso seguendo una metodologia come di seguito dettagliata.

L'analisi prende le mosse dagli accadimenti di contesto e, dunque, dal considerare che, nell'anno di riferimento, il MIUR è stato caratterizzato dai mutamenti dovuti all'avvicinarsi del suo vertice politico-amministrativo e che, conseguentemente, è stato chiamato ad affrontare diversi cambiamenti di assetto organizzativo. Tuttavia, tenuto conto che il nuovo disegno del MIUR aveva mantenuto la ripartizione in tre distinte strutture dipartimentali, l'Amministrazione ha continuato ad operare sulla base delle attività programmate ai principi dell'anno, come rappresentate nel Piano della *performance* 2019-2021, adottato con d.m. del 31 gennaio 2019, n. 86.

In coerenza con le priorità politiche individuate dall'Atto di indirizzo del

⁴⁵ E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 3, 848, il quale richiamando l'art. 7, co. 2, d.lgs. n. 150 del 2009, afferma come «vanno nella medesima direzione anche le novità via via emerse in tema di valutazione dirigenziale, ove il processo di progressiva obbiettivizzazione ha nel tempo investito la stessa responsabilità degli organi amministrativi di vertice, per i quali il ruolo degli Organismi interni di valutazione, in teoria indipendenti ed imparziali, appare oggi finanche più pregnante rispetto a quello esercitato con riferimento ad altre figure dirigenziali, comprendendo anche un vero e proprio potere di proposta di valutazione»; A. NISIO, *Il Sistema dei controlli e la misurazione della performance*, cit., 156; R. RUFFINI, *La valutazione della performance individuale nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 119 ss.

⁴⁶ In materia C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, in *federalismi.it*, 2021, 10, 182 ss.; G. SPOTO, *Profili civilistici della nuova disciplina di contrasto alla corruzione*, in *Contr. impr.*, 2013, 6, 1472 ss.

Ministro emanato in data 20 dicembre 2018 ed in raccordo con il Ciclo del Bilancio e la conseguente programmazione economico-finanziaria, l'Amministrazione ha definito per il triennio di riferimento 2019-2021, trentuno obiettivi specifici triennali, che sono stati a loro volta declinati in altrettanti obiettivi annuali.

Il complesso di tali obiettivi specifici, espressi nella loro dimensione annuale, ha rappresentato l'ambito di riferimento per la misurazione e la valutazione della *performance* organizzativa del MIUR in tutte le sue componenti, in coerenza con quanto disegnato dal Sistema di misurazione e valutazione della *performance* in vigore nell'anno di riferimento e in conformità a quanto previsto dalle Linee guida per la Relazione annuale sulla *performance* n. 3 del 2018, emanate dal Dipartimento della Funzione Pubblica.

Al grado di raggiungimento dei predetti obiettivi nella loro declinazione annuale e in riferimento a ciascuno dei tre Dipartimenti del MIUR, è stata, pertanto, collegata la *performance* organizzativa, intesa quale sintesi dei risultati raggiunti dall'Amministrazione nel suo complesso e da ciascuna articolazione ed unità organizzativa.

Nel suo *iter* procedurale l'OIV ha svolto la propria attività tenendo conto dei seguenti punti di attenzione: misurazione del grado di raggiungimento e della effettiva funzionalità degli obiettivi annuali e dei *target* associati agli obiettivi specifici triennali; eventuali mutamenti del contesto interno ed esterno in cui l'Amministrazione ha operato nell'anno di riferimento; multidimensionalità della *performance* organizzativa, in coerenza con i contenuti del Piano.

Nel processo di verifica adottato, l'OIV ha dato seguito ad un *modus procedendi* che si è concretizzato nella decisione di effettuare un significativo numero di controlli incrociando e comparando i dati pervenuti da più fonti, tenendo conto della complessità dimensionale e organizzativa dell'Amministrazione, e della effettiva reperibilità, in un lasso di tempo ragionevole, delle informazioni necessarie.

In coerenza e nel rispetto dei principi generali di comprensibilità, conformità e attendibilità dei dati e degli esiti riportati, l'organismo ha garantito la tracciabilità di quanto effettuato attraverso un'adeguata documentazione, reperita e utilizzata nell'ambito del processo di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa che è stata opportunamente vagliata e depositata presso l'archivio informatico della Struttura tecnica. Tale documentazione comprende le carte di lavoro predisposte e/o richieste, ottenute e conservate dall'OIV, al fine di comprovare l'attività svolta a sostegno del giudizio espresso. In particolare, fanno parte delle carte di lavoro, i documenti già predisposti in occasione delle verifiche effettuate sull'anno 2019, quali la Nota integrativa al Rendiconto generale 2019, la Relazione sul funzionamento complessivo del Sistema di misurazione, trasparenza e integrità dei controlli interni anno 2019, relazioni e documenti di monitoraggio trasmessi su richiesta dell'OIV dai Dipartimenti e dalle Direzioni

generali del Ministero e, infine, i *report* trasmessi dall'Ufficio di Gabinetto a seguito della rilevazione dei dati per la predisposizione della Relazione sulla *performance* per l'anno 2019.

In linea generale, nel processo di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa, l'OIV non ha evidenziato scostamenti significativi fra quanto programmato e quanto rendicontato e, pertanto, la *performance* organizzativa del MIUR è stata raggiunta al 100%.

Nello specifico, si è ritenuto che gli obiettivi legati a tale area di interesse siano stati in linea con i contenuti della Nota integrativa al Bilancio e con quelli della Direttiva generale per l'attività amministrativa e la gestione, ed hanno favorito l'integrazione fra il Ciclo della *performance* e il Ciclo di bilancio. Gli scostamenti che si sono riscontrati possono ricondursi essenzialmente alla diversa funzione degli obiettivi stessi: mentre quelli specifici presenti nel Piano della *performance* sono funzionali ad orientare l'azione dell'Amministrazione al pari dell'*accountability* nei confronti dei cittadini, gli obiettivi individuati nella programmazione finanziaria, invece, includono l'informazione rivolta al Parlamento sulla finalità ultima della spesa statale.

Preme, tuttavia, sottolineare come, nelle more dell'adozione di un sistema informatizzato di controllo di gestione per favorire la verifica costante dello stato di avanzamento dei processi, delle procedure e dei progetti tramite un monitoraggio continuo del raggiungimento degli obiettivi, l'attività di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa è stata effettuata attraverso l'acquisizione e l'analisi dei dati forniti dalle singole Direzioni generali competenti e, quindi, secondo una modalità sostanzialmente autovalutativa, in quanto l'applicativo informatico a supporto del Ciclo della *performance* non recava una verifica sulla funzionalità di calcolo degli indicatori in maniera automatizzata.

Dunque, in attesa dell'implementazione di fonti esterne certificate e di strumenti metodologici idonei ad affinare la rilevazione della *performance* con un maggiore automatismo nella raccolta ed elaborazione dei risultati ottenuti, in considerazione della natura degli obiettivi e degli indicatori ad essi associati, i dati sono stati elaborati in maniera prevalente a partire da fonti interne. Conseguentemente, al fine di ottenere una garanzia ragionevole circa l'affidabilità dei dati rendicontati, sono state realizzate nel corso del 2019 una serie di verifiche preliminari attraverso attività di *auditing*, specifici approfondimenti, appositi incontri con i Dipartimenti e le Direzioni generali. Peraltro, in occasione delle attività laboratoriali organizzate dal Dipartimento della Funzione Pubblica, alle quali hanno partecipato rappresentanti delle varie strutture amministrative interne al dicastero ed anche della Struttura tecnica, la scelta degli indicatori è stata oggetto di riflessione e di confronto, al fine di rendere l'individuazione degli stessi la più adeguata a misurare i risultati attesi e la coerenza delle attività rispetto alle risorse.

A margine dell'analisi sembra emergere una diversa tipologia di problemati-

ca. Si è potuto rilevare, infatti, che i valori consuntivi sono in genere al di sopra dei valori *target* programmati. Una tale circostanza evidenzia certamente che l'attività pianificata è stata interamente svolta, ma l'elevato grado di realizzazione dei *target* potrebbe anche indicare una 'criticità strutturale' (*target* troppo prudenti). Sarebbe opportuno, in tale visuale, che, in via generale, le Amministrazioni acquisissero maggiore consapevolezza di tale possibile criticità, anche utilizzando in maniera più attiva gli esiti dei monitoraggi condotti dall'OIV durante l'anno.

8. *La validazione della Relazione sulla performance*

Ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. *b*) del d.lgs. n. 150 del 2009, come modificato dal d.lgs. n. 74 del 2017, le amministrazioni pubbliche redigono e pubblicano sul sito istituzionale, ogni anno entro il 30 giugno, la Relazione annuale sulla *performance*, che rappresenta il documento di rendicontazione nel quale sono evidenziati i risultati organizzativi e individuali raggiunti nell'anno precedente, rispetto alle risorse impiegate ed ai singoli obiettivi programmati con riferimento allo stesso anno, rilevando gli eventuali scostamenti. Approvato dall'organo di vertice politico, l'atto si perfeziona con la validazione da parte dell'OIV, quale presupposto inderogabile per l'accesso agli strumenti premianti da parte del personale dipendente, in termini di certificazione della regolarità dell'intero processo e non come attestazione della veridicità dei dati concernenti i singoli risultati ottenuti.

La validazione costituisce, dunque, uno degli strumenti fondamentali per la verifica del corretto funzionamento del Ciclo della *performance* e ne sancisce al tempo stesso la conclusione. L'OIV misura e valuta la *performance* organizzativa complessiva dell'amministrazione e valida la Relazione garantendo in tal modo la correttezza del processo di misurazione e valutazione svolto in tal senso, nonché la ragionevolezza della relativa tempistica. Tale impianto risulta coerente con il ruolo dell'OIV, quale organismo che assicura lungo il perimetro del Ciclo della *performance* la correttezza e la coerenza dal punto di vista metodologico dell'operato dell'Amministrazione. Tenuto conto che il d.lgs. n. 74 del 2017, nell'anticipare la tempistica della validazione, ha di fatto determinato una sovrapposizione temporale tra l'adozione della Relazione sulla *performance* e la sua validazione da parte dell'OIV, i due documenti finiscono per coincidere con il 30 giugno di ciascun anno. Per superare tale aporia, in applicazione di quanto previsto dalle Linee guida n. 3 del 2018, emanate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica, le Amministrazioni tendono ad anticipare il termine di approvazione della Relazione al 30 maggio di ciascun anno, nella considerazione che, stante la formulazione della norma, il 30 giugno si qualifica quale termine ultimo per tale adempimento. Per l'effetto, il 30 giugno rappresenta il riferimento temporale ultimo per la validazione e la pubblicazione della Relazione.

La validazione della Relazione da parte dell'OIV rappresenta, dunque, l'atto che attribuisce efficacia a tale provvedimento, determinando il completamento del Ciclo della *performance* mediante la verifica e la conseguente certificazione della comprensibilità, conformità e attendibilità dei dati e delle informazioni ivi riportate (art. 4, co. 2, lett. *f*), del d.lgs. n. 150 del 2009); il punto di passaggio, formale e sostanziale, dal processo di misurazione, valutazione e rendicontazione dei risultati raggiunti, all'accesso alla retribuzione di risultato. Infatti, ai sensi dell'art. 14, co. 6, del citato decreto, la validazione della Relazione è condizione inderogabile per l'accesso agli strumenti premianti di cui al Titolo III del decreto di cui trattasi. I criteri guida cui si ispira l'attività di validazione della Relazione sulla *performance* da parte dell'OIV sono, come si è già detto, stabiliti dall'art. 14, co. 4, lett. *e*), del d.lgs. n. 150 del 2009 e dalle Linee guida per la Relazione annuale sulla *performance* n. 3 del 2018 emanate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica, che sostituiscono, per le Amministrazioni centrali dello Stato, le precedenti delibere della CiVIT n. 5 e n. 6 del 2012.

Le previsioni legislative prevedono che l'OIV valida la Relazione sulla *performance* «a condizione che la stessa sia redatta in forma sintetica, chiara e di immediata comprensione ai cittadini e agli altri utenti finali». Inoltre, ai sensi dell'art. 14, co. 4 *bis*, del citato decreto, l'OIV deve tener conto, ove presenti, delle risultanze «delle valutazioni realizzate con il coinvolgimento dei cittadini o degli altri utenti finali per le attività e i servizi rivolti» e, secondo quanto disposto dall'art. 6 del medesimo decreto, di eventuali «variazioni, verificatesi durante l'esercizio, degli obiettivi e degli indicatori della *performance* organizzativa e individuale», quale emergente dal corpo della Relazione stessa.

Come già evidenziato, le richiamate Linee guida del Dipartimento della Funzione Pubblica precisano che la validazione della Relazione deve essere intesa come «attestazione» del processo di misurazione e valutazione, attraverso cui sono stati rendicontati i risultati organizzativi e individuali. La validazione, pertanto, non può essere considerata una «certificazione» della veridicità dei dati concernenti i singoli risultati ottenuti dall'amministrazione. Nelle Linee guida viene ulteriormente precisato che la validazione è effettuata sulla base dei seguenti criteri: coerenza fra contenuti della Relazione e contenuti del Piano della *performance* relativo all'anno di riferimento; coerenza fra la valutazione della *performance* organizzativa complessiva effettuata dall'OIV e le valutazioni degli obiettivi di *performance* organizzativa riportate dall'amministrazione nella Relazione; presenza nella Relazione dei risultati relativi a tutti gli obiettivi (sia di *performance* organizzativa che individuale) inseriti nel Piano; verifica della presenza nella misurazione e valutazione delle *performance* degli obiettivi connessi all'anticorruzione e alla trasparenza; verifica del corretto utilizzo del metodo di calcolo previsto per gli indicatori; affidabilità dei dati utilizzati per la compilazione della Relazione (con preferenza per fonti esterne certificate o fonti interne non auto-dichiarate, prime tra tutte il controllo di gestione); effettiva evidenziazione,

per tutti gli obiettivi e rispettivi indicatori, degli eventuali scostamenti riscontrati fra risultati programmati e risultati effettivamente conseguiti, con indicazione della relativa motivazione; adeguatezza del processo di misurazione e valutazione dei risultati descritto nella Relazione anche con riferimento agli obiettivi non inseriti nel Piano; conformità della Relazione alle disposizioni normative vigenti e alle Linee guida del Dipartimento della Funzione Pubblica; sinteticità della Relazione (lunghezza complessiva, utilizzo di schemi e tabelle, ecc.); chiarezza e comprensibilità della Relazione (linguaggio, utilizzo di rappresentazioni grafiche, presenza dell'indice, di pochi rinvii ad altri documenti o a riferimenti normativi, ecc.).

L'approccio metodologico degli OIV utilizzato nel corso degli ultimi anni ai fini della validazione della Relazione sulla *performance* nelle Amministrazioni centrali dello Stato si è concentrato essenzialmente sull'analisi dei sistemi interni, che si realizza mediante l'osservazione diretta delle attività poste in essere dagli attori coinvolti o mediante interviste dirette ai medesimi; sulla verifica diretta degli elementi reali, vale a dire l'accertamento dell'oggetto di validazione (nel caso di specie: i dati di *performance* riportati nella Relazione sulla *performance*); sulle analisi documentali, al fine di evidenziare eventuali errori o incongruenze; sulle analisi comparative, che si attuano attraverso confronti spazio-temporali sui dati di uno stesso documento o di documenti diversi ma collegati.

9. *La validazione delle Note integrative al disegno di legge di Bilancio, alla legge di Bilancio e al Rendiconto generale dello Stato*

Come è noto, la Nota integrativa è un documento di ausilio alla programmazione dell'impiego delle risorse pubbliche, che completa e arricchisce le informazioni relative alle entrate e alle spese del Bilancio e del Rendiconto generale dello Stato. In sede di previsione, costituisce lo strumento attraverso cui ciascun Ministero illustra, in relazione ai programmi di spesa, i criteri di formulazione delle previsioni, gli obiettivi da raggiungere e gli indicatori idonei alla loro misurazione, al fine di consentire decisioni più informate sull'allocazione complessiva delle risorse.

La Nota integrativa è predisposta contestualmente alla presentazione in Parlamento del disegno di legge di bilancio (Nota Integrativa a DLB) ed è aggiornata, al termine dell'*iter* parlamentare, dopo l'approvazione della legge di bilancio (Nota Integrativa a LB).

In sede di Rendiconto, attraverso la Nota Integrativa, ciascun dicastero dà conto dei risultati ottenuti tramite l'attuazione delle politiche e del raggiungimento degli obiettivi formulati in sede di previsione.

Le Note integrative si pongono, quindi, in un più ampio contesto dei documenti di programmazione finanziaria e di bilancio e di analisi delle *performance*. Si fa riferimento, in particolare, ai documenti relativi al Ciclo della *performance* di cui al d. lgs. n.

150 del 2009, richiamato espressamente dall'art. 21 della l. n. 196 del 2009⁴⁷. Tale previsione pone la necessità che gli obiettivi e gli indicatori definiti nella Nota integrativa da ciascuna amministrazione siano coerenti con quelli contenuti nel proprio Piano della *performance*, ai sensi del d.lgs. n. 150 del 2009; d'altra parte proprio l'art. 4 del citato decreto, stabilisce che le amministrazioni pubbliche sviluppano il Ciclo della *performance* «in maniera coerente con i contenuti e con il ciclo della programmazione finanziaria e del bilancio».

La Nota integrativa rappresenta, quindi, l'elemento di collegamento tra la programmazione di bilancio e quella strategica, nonché con il Ciclo della *performance*; il suo contenuto è stabilito per il Bilancio di previsione e per il Rendiconto, rispettivamente, dall'art. 21, co. 11, lett. *a*), e dall'art. 35, co. 2, della l. n. 196 del 2009, così come integrati e modificati dal d.lgs. n. 90 del 2016⁴⁸, che ha completato la riforma della struttura del Bilancio dello Stato.

Le innovazioni introdotte hanno riqualificato i contenuti delle Note integrative, sia sotto l'aspetto rappresentativo sia sotto il profilo sostanziale. In particolare, la revisione della struttura in missioni e programmi, la realizzazione dell'affidamento di ciascun programma ad un unico Centro di responsabilità amministrativa (CdR) e l'introduzione delle "azioni" quali aggregati di bilancio sottostanti i programmi di spesa, hanno contribuito ad una maggiore chiarezza espositiva della finalità stessa della spesa ed hanno favorito un orientamento delle Note integrative, volto ad evidenziare gli obiettivi delle politiche sottostanti il Bilancio dello Stato. Si ricorda, inoltre, che il dPcm 18 settembre 2012⁴⁹ reca le linee guida generali per l'individuazione dei criteri e delle metodologie per la costruzione di un sistema di indicatori ai fini della misurazione dei risultati attesi dai programmi di bilancio e specifica che, per i Ministeri, il Piano degli obiettivi e dei risultati attesi corrisponde alla Nota integrativa.

L'OIV svolge un fondamentale ruolo di coordinamento operativo e di supporto metodologico nei confronti dei CdR, coadiuvandoli nelle attività relative alla compilazione delle Note integrative, provvedendo all'inserimento dei dati informativi generali relativi all'amministrazione nel suo complesso (quadro di riferimento), delle priorità politiche ed effettuando la validazione finale delle Note integrative, che attesta la conclusione delle operazioni da parte dell'Amministrazione, secondo quanto stabilito di volta in volta dalle circolari della Ragioneria generale dello Stato.

⁴⁷ L. 31 dicembre 2009, n. 96, in materia di 'Legge di contabilità e finanza pubblica', pubblicata in G.U. n. 303 del 31 dicembre 2009.

⁴⁸ D.lgs. 12 maggio 2016, n. 90 in materia di "Completamento della riforma della struttura del bilancio dello Stato, in attuazione dell'articolo 40, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196", pubblicato in G.U. n. 125 del 30 maggio 2016.

⁴⁹ DPcm, 18 settembre 2012, in materia di "Definizione delle linee guida generali per l'individuazione dei criteri e delle metodologie per la costruzione di un sistema di indicatori ai fini della misurazione dei risultati attesi dai programmi di bilancio, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. 31 maggio 2011, n. 91", pubblicato in G.U. n. 226 del 27 settembre 2012.

10. *Analisi degli indicatori associati ai programmi del Bilancio dello Stato*

Nell'ambito delle attività di supporto all'Amministrazione, numerosi sono stati gli approfondimenti realizzati mediante l'analisi degli indicatori, soprattutto quelli associati ai programmi del Bilancio dello Stato e dei *target* ad essi collegati. Tali studi hanno rappresentato l'occasione per fornire elementi utili per sviluppare una riflessione sulle aree in cui sarebbe auspicabile un intervento per migliorare ulteriormente la qualità delle informazioni presenti nei documenti relativi al Ciclo della *performance* e renderli così più rispondenti a quanto previsto dalla normativa vigente.

È noto che per indicatore si intende una misura sintetica, espressa generalmente in forma quantitativa, coincidente con una variabile o composta da più variabili, in grado di riassumere l'andamento del fenomeno cui è riferito. Pertanto, esso rappresenta e riassume il comportamento del fenomeno più complesso che è oggetto di monitoraggio e valutazione. La valorizzazione degli indicatori avviene principalmente in due momenti: all'inizio, con l'inserimento di un valore programmato iniziale o *target* (inteso non solo in termini numerici) e alla fine del periodo oggetto di osservazione, con l'inserimento di un valore conclusivo o conseguito.

Il tema della classificazione, della scelta, della costruzione e della valenza degli indicatori è assai vasto e complesso. Innumerevoli sono, infatti, le prospettive di osservazione, i diversi i criteri di riparto ed i modelli concettuali di riferimento. Misurare la *performance* della p.a. non è un'attività dai semplici contenuti poiché, contrariamente a quanto avviene nel privato, in cui i risultati della gestione sono valutati in termini di ricavi/profitti ottenuti, in questo contesto occorre tenere conto di altre dimensioni, oltre a quella riconducibile ai soli aspetti contabili. Infatti, la finalità dell'azione pubblica è essenzialmente quella del soddisfacimento dei bisogni della collettività e ciò implica la necessità di acquisire altre tipologie di informazioni per riuscire a cogliere indicazioni sui risultati conseguiti e sugli "impatti" generati in un'ottica di efficacia "interna" o "gestionale" ed efficacia "esterna" o "sociale", da perseguire e migliorare.

La prima tipologia di efficacia misura il raggiungimento dei risultati di gestione programmati attraverso il confronto tra quanto prefissato e quanto ottenuto; la seconda tipologia, invece, esprime la misura della capacità della p.a. di soddisfare i bisogni della collettività. È evidente come sia indispensabile che si assicuri una stretta coerenza tra obiettivi operativo-gestionali e strategici per poter raggiungere gli obiettivi di *outcome*.

Gli indicatori associati ad obiettivi strategici, vale a dire quelli individuati per perseguire le priorità politiche, sono finalizzati a rilevare e a misurare di norma l'efficacia e l'impatto. Gli indicatori associati agli obiettivi operativi, in quanto articolazione di quelli strategici, sono finalizzati a rilevare e misurare l'andamento *in progress* dell'attività amministrativa correlata al raggiungimento dell'obiettivo attraverso l'uso delle risorse disponibili: in questo modo, si assicura la coerenza tra l'indirizzo politico, di

competenza dell'organo politico e l'attuazione amministrativa di competenza della dirigenza.

Parlare di dimensioni della *performance* e delle loro misurazioni significa operare un riferimento a strumenti sistemici, vale a dire ad insiemi di indicatori, rispondenti alle esigenze informative di una organizzazione, in grado di tenere sotto controllo i suoi obiettivi, siano essi strategici che non strategici, e gli "impatti", nonché gli "effetti" da essi determinati sul piano sociale.

Anche se non è possibile fornire indicazioni univoche ed esaustive in tale campo, ciò nondimeno si possono fissare dei "paletti" rispetto ai quali poter individuare indicatori coerenti e funzionali alle esigenze informative dell'amministrazione e alla rendicontazione del suo operato al cittadino e agli *stakeholder*.

Nell'ambito delle attività di supporto all'individuazione di indicatori associati ai programmi del Bilancio dello Stato, previste dall'art. 39 della l. n. 196 del 2009, a partire dall'anno 2014 è stata avviata una riflessione sui programmi trasversali 32.2 "Indirizzo politico" e 32.3 "Servizi e affari generali per le amministrazioni di competenza". Considerato che le attività sottostanti tali programmi sono in gran parte analoghe in tutti i Ministeri, l'istruttoria è stata svolta nell'ambito di un gruppo di lavoro che ha visto il coinvolgimento degli Organismi indipendenti di valutazione e di altri rappresentanti dei Ministeri, con l'obiettivo di individuare un insieme di indicatori utili sia nell'ambito del monitoraggio dei programmi di spesa, periodicamente effettuato sul sito della RGS, sia per le Note integrative allegate al Bilancio di previsione e al Rendiconto generale dello Stato. A conclusione delle attività del gruppo di lavoro, il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) ha provveduto a redigere un documento⁵⁰ che, recependo le proposte e i suggerimenti emersi nel corso delle riunioni che si sono svolte, ha individuato un sottoinsieme di indicatori comuni per il monitoraggio dei programmi di spesa citati che sono stati utilizzati a partire dal 2015⁵¹. Gli indicatori così definiti appaiono adatti ad esercizi di valutazione della *performance* organizzativa e possono contribuire a una maggiore integrazione tra il Ciclo del bilancio e la documentazione allegata al Bilancio dello Stato, con riferimento alla l. n. 196 del 2009, e il Ciclo della *performance*, come definito dal d.lgs. n. 150 del 2009.

⁵⁰ Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato "Proposte di indicatori per i programmi di spesa 32.2 "Indirizzo politico" e 32.3 "Servizi e affari generali per le amministrazioni di competenza e nota metodologica" – Gennaio 2015.

⁵¹ Per il Programma 32.2 "Indirizzo politico": grado di adozione dei provvedimenti attuativi previsti dalle disposizioni legislative che non richiedono concerti e/o pareri; grado di adozione dei provvedimenti attuativi previsti dalle disposizioni legislative che richiedono concerti e/o pareri (stessa cosa scritta al primo punto). Per il Programma 32.3 "Servizi e affari generali per le amministrazioni di competenza": spesa media per telefonia fissa e telefonia mobile per utenza; Ammontare dei debiti fuori bilancio. Nell'ambito dei programmi 32.2 o 32.3: Grado di trasparenza di apertura dei dati dell'amministrazione (a livello centrale); Indicatore di tempestività dei pagamenti.

11. Conclusioni

Volendo in qualche modo sintetizzare il grado di introiezione delle attività legate alla gestione del Ciclo della *performance* di assetti organizzativi complessi come le Amministrazioni centrali dello Stato, emerge, in via preliminare, l'assoluta peculiarità del rapporto tra Note integrative al Bilancio dello Stato ed il Piano della *performance*, la cui predisposizione si lega all'Atto di indirizzo del Ministro e alla Direttiva che ne consegue, con un ruolo completamente inedito rispetto alle altre amministrazioni pubbliche, che gli OIV sono chiamati ad assolvere in tale spettro di operatività.

Occorre, inoltre, porre in rilievo come la definizione degli obiettivi non risponde sempre ai criteri di chiarezza e puntualità delle informazioni disponibili, requisiti imprescindibili affinché gli obiettivi di *performance* siano realisticamente raggiungibili. In verità, pur nella difficoltà dell'approccio alla materia, essi risultano, a volte, poco "spiegabili" in termini di azioni concrete da intraprendere e, quindi, non sempre facilmente misurabili e valutabili, in particolare sul versante della *performance* organizzativa e del suo fondamentale apporto informativo. La scarsa esplicitazione degli obiettivi non facilita, di conseguenza, anche la scelta di indicatori idonei a misurare il loro conseguimento.

Prima di pervenire alla definizione degli obiettivi, in sostanza, sarebbe utile per l'amministrazione, in un'ottica di continuo miglioramento, ragionare sui macro-processi in grado da rappresentare in modo ordinato e sintetico le attività, distinguendo, al loro interno, la componente di ordinaria gestione da quelle altre attività che si intendono intraprendere allo scopo di introdurre innovazioni, alla luce delle priorità politiche che gli organi di vertice avranno definito.

Muovendo dal presupposto che l'utilizzo dei programmi del bilancio, come base per una gestione strategica delle diverse attività, potrebbe rappresentare un valido aiuto nel superare le incongruenze rilevate in relazione alle attuali modalità di definizione degli obiettivi, sarebbe, in ogni caso, utile provare a enucleare le azioni che assumono in modo pronunciato questa caratteristica di orientamento al futuro, trascurando di considerare quanto risulti ordinario e ricorrente.

La riconfigurazione del sistema di obiettivi secondo le linee sopra indicate troverebbe completamento nella definizione appropriata degli indicatori associati agli obiettivi medesimi. Sarebbe, infatti, importante, favorire una lettura strategica di tutte le attività da realizzare, anche di quelle ordinarie e ricorrenti, individuando per le stesse indicatori tra quelli più rappresentativi in termini di *output* (servizi o, eventualmente, beni erogati) e di *outcome* (impatti sui beneficiari o sulla collettività di riferimento), tali da misurare valori riscontrabili ed effettivamente rappresentativi, non solo del raggiungimento dei risultati, ma anche di un'evoluzione in atto nel perseguimento degli obiettivi e delle priorità espresse a livello politico. In tal modo, si potrebbe ridurre l'utilizzo di indicatori puramente qualitativi o generici sul grado di avanzamento "delle attività" o dei "piani di lavoro" sottostanti.

In linea di massima, anche dopo la riforma che ha previsto l'introduzione delle "azioni" e la revisione di alcuni programmi di spesa, si ritiene che gli attuali "programmi" che costituiscono l'intelaiatura della legge di Bilancio, e che sono quindi oggetto delle Note integrative, possano costituire un valido riferimento anche per il futuro, dato che presentano in linea di massima le caratteristiche individuate per i macro-processi e poiché consentono di configurare l'attività dell'amministrazione in termini di portafoglio strategico. Occorre, invece, ripensare le modalità in cui all'interno di ciascun macro-processo si definiscono gli obiettivi e i riferimenti in termini di risorse e, soprattutto, di spesa.

In termini conclusivi, pur nella complessità reticolare delle Amministrazioni centrali dello Stato, emerge un quadro di sostanziale allineamento al complessivo andamento delle attività legate al Ciclo della *performance*, quale tecnica tesa a massimizzare gli esiti dell'attività amministrativa con la programmazione strategica e la correlata attuazione dei valori costituzionali, dai quali emerge il primato della persona umana e della solidarietà economica e sociale⁵², siccome coniugate nella complessa fenomenologia espressa dalle dinamiche dell'esperienza fattuale e, dunque, in un impianto teorico-ricostruttivo di assetti, istituti e categorie che si imbatte con la dimensione identitaria degli attori partecipi del cambiamento e con la funzione che la p.a. è chiamata ad assumere, nell'unitarietà dell'ordinamento⁵³.

⁵² Su cui P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., *passim*.

⁵³ R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, XIII, 1962, p. 35 ss., ripubblicato con sviluppi in ID., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 395 ss., ed infine in ID., *Scritti (con una nota di lettura di A. Mantello)*, III, Napoli, 1998, p. 1557 ss.; ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 193 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia del diritto*, Padova, 2003, p. 27 ss.

Abstract

La riflessione vuole essere l'occasione per realizzare un ripensamento critico delle modalità con cui la Pubblica Amministrazione sta affinando gli strumenti e le tecniche legati ai temi della *performance* e dell'anticorruzione/trasparenza, siccome sedimentati nella recente normazione, seguendo un approccio teso a valorizzare il concetto di creazione di valore pubblico. Il lavoro illustra l'assoluta peculiarità del Ciclo della *Performance* e delle correlate prerogative degli OIV nel contesto dei Ministeri rispetto alle altre P.A. ed in questo perimetro argomentativo si snoda il complessivo sviluppo dell'opera.

Independent Evaluation Bodies and performance analysis and management in Central State Government: best organization and fundamental values implementation

By Raffaele Picaro

The paper concerns a reconsideration of the way the public administration is enhancing tools and techniques related to performance and anti-corruption/transparency, according to the current regulation. The aim is to promote the concept of 'public value'. The 'cycle of performances' and the so called OIV's prerogatives have special features for Ministries, really different from the other public administrations. The study follows this path.

Enti Pubblici di Ricerca ed Università: le persistenti ragioni di una differenziazione e le indifferibili esigenze di uno sforzo comune

di Aristide Police

SOMMARIO: 1. Alle radici della differenziazione: miseri(e) e nobiltà di una (e mille) scelte. – 2. L'indifferenza apparente del Costituente e la forza (ancora) inespressa dei principi. – 3. La crisi del modello nella stagione repubblicana. – 3.1. Il peso inutile (anzi dannoso) della burocratizzazione. – 3.2. Le riforme (e la semplificazione) dell'organizzazione degli Enti di ricerca come volano al coordinamento di uno sforzo comune. – 4. La leale cooperazione fra Università ed Enti di ricerca come unico rimedio alla decadenza. – 5. La ricerca in comune al servizio esclusivo della Nazione. Brevi conclusioni.

1. *Alle radici della differenziazione: miseri(e) e nobiltà di una (e mille) scelte*

In questo tempo così complesso si rende ancor più evidente la particolare importanza della ricerca applicata per dare risposte (e strumenti) ai complessi rischi cui la Società odierna ci espone¹. In questo contesto, uno strumento importante per rafforzare la ricerca e per dare significativo alimento e nuova linfa al raggiungimento di concreti e fondamentali risultati è il rafforzamento della cooperazione tra le Università e gli Enti di ricerca. Un rapporto fragile (e labile), sempre troppo poco indagato dagli studiosi delle Istituzioni pubbliche e ancor meno considerato dalle Istanze politiche e dal legislatore italiano.

La prima impressione che si è avuta nel dedicarsi a questo breve approfondimento è stata anzi quella di un rapporto del tutto occasionale, sporadico, a tratti conflittuale, in ogni caso mai governato in modo unitario, né oggetto di indirizzi politici e sforzi di coordinamento o di collaborazione. Le pagine che seguiranno se da un lato confermano questa prima superficiale percezione, dall'altro sono animate dall'intento di giustificare e (ove possibile) nobilitare le ragioni della differenziazione senza rinunciare all'ineludibile esigenza di contribuire ad una lettura unificante della missione ultima sia delle Istituzioni universitarie, sia degli Enti di ricerca.

Quanto alle origini, la recente dottrina amministrativistica² ha messo molto bene in evidenza il carattere occasionale (ed alluvionale) degli interventi legi-

¹ Lo evidenzia molto bene G. PIPERATA, *Sanità pubblica e vaccini. Il dilemma del diritto: obbligo o raccomandazione*, in *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, Bologna, 2018, 63 ss., spec. 655. Ma già F.A. ROVERSI MONACO, *L'età della medicina*, in *Sanità pubbl.*, 2016, 5 ss.

² Si pensa in particolare alla preziosa monografia di G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca. Storia, regime giuridico e prospettive*, Torino, 2019.

slativi che hanno popolato dopo l'unità d'Italia e soprattutto nel secolo appena trascorso la grande famiglia degli Enti di ricerca.

Gli enti di ricerca hanno avuto origini diverse, legate in alcuni casi a iniziative personali, in altri a ben precisi progetti politici. Se si vuol fare una breve cronaca si parte dal 1872, anno di fondazione della Stazione zoologica Anton Dohrn a Napoli da Anton Dohrn, zoologo tedesco, su un terreno ceduto gratuitamente dalle autorità comunali³, per passare nel 1916 alla fondazione, in ragione delle esigenze belliche connesse all'erompere del primo conflitto mondiale, dell'Istituto Vallauri (poi "Mariteleradar"). Nel 1920 viene fondato con sede a Milano l'Istituto Sperimentale di Meccanica Agraria (ISMA), che diventerà poi il CRA, quindi il CREA. L'Istituto Italiano di Medicina Sociale (IIMS) nasce nel 1922, con sede a Roma.

Il grande sviluppo di tali istituzioni si registra però nel ventennio fascista, che diede grande impulso all'attività di ricerca concentrata in Enti pubblici nazionali (ed accentrati)⁴. Nel 1923 viene costituito il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR). Nel 1925 è fondato l'Istituto nazionale di documentazione per l'innovazione e la ricerca educativa (INDIRE). Il 1926 è l'anno di fondazione dell'Istituto centrale di statistica (ISTAT), poi Istituto nazionale di statistica. Nel 1931 viene fondato l'Istituto Italiano di Studi Germanici. Nel 1934 nasce l'Istituto Superiore di Sanità (ISS). Nello stesso anno nasce l'Istituto elettrotecnico nazionale Galileo Ferraris (IEN). L'Istituto Nazionale di Alta Matematica (INDAM) nasce nel 1939 su iniziativa di Francesco Severi, a Roma.

Come si mette ben in evidenza in dottrina, se è vero che le prime iniziative istitutive furono occasionali, il disegno dello Stato fascista – soprattutto con riguardo al Consiglio nazionale delle Ricerche – era caratterizzato da una precisa e ben definita progettualità politica, «il principale mandato attribuito sul piano nazionale al CNR era la creazione di un grande laboratorio nazionale capace di attrarre le principali attività dei ricercatori, superando la cronica penuria dei laboratori universitari e la loro mancanza di coordinamento»⁵.

E del resto che questo fosse il disegno politico era testimoniato in modo monumentale dalla stessa sede del CNR⁶ e dagli affreschi che ancora ne ornano

³ Sia consentito il commosso ricordo personale di mio nonno Vincenzo, che nei primissimi anni Settanta dello scorso secolo mi portava spesso in visita al meraviglioso acquario di questa gloriosa Istituzione.

⁴ Sul punto ampiamente G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca*, cit., 10 ss.

⁵ Così G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca*, cit., 11.

⁶ Come è forse noto l'imponente palazzo, realizzato per volere di Guglielmo Marconi, tra la Città Universitaria e gli edifici dell'Aeronautica militare, fu edificato tra il 1933 ed il 1937 sotto la direzione di Andrea Carlini. Marconi non visse abbastanza per vedere compiuta la sua opera, e morì quattro mesi prima del taglio del nastro: in quella occasione Mussolini nominò nuovo presidente Pietro Badoglio.

la Sala oggi dedicata a Guglielmo Marconi, suo primo Presidente⁷. Gli enti di ricerca nascevano per sopperire alla esigenza di accentrare gli sforzi di ricerca nei settori tecnico-scientifici nei quali la tradizione universitaria italiana era meno solida e per i quali l'autonomia della ricerca universitaria e la sua dispersione anche geografica nelle diverse sedi portava a risultati ampiamente insoddisfacenti soprattutto in ambito tecnico-applicativo.

Il disegno peraltro rientrava nel più generale progetto che il regime fascista aveva in relazione all'assetto istituzionale della sfera pubblica «quello della cura puntuale degli interessi settoriali e locali attraverso la creazione di appositi enti pubblici. Era questo il riflesso dell'idea *corporativa* posta a base del sistema fascista che si rifletteva nella stessa conformazione dello Stato»⁸.

Questa esigenza, del resto, si consolida anche nel primo periodo repubblicano: l'Istituto nazionale di fisica nucleare (INFN) nasce nel 1951; nel 1952 nasce il CNRN (poi CNEN dal 1960, quindi ENEA dal 1982); nel 1955 vede la luce l'Istituto Nazionale per lo Studio della Congiuntura (ISCO); nel 1961 viene istituito il Centro Studi e Laboratori (rinominato definitivamente Centro Studi E Laboratori Telecomunicazioni CSELT nel 1964). Ed ancora nel 1964 viene fondata l'Agenzia Spaziale Italiana (ASI).

Questa fioritura viene spiegata anche come conseguenza del «subentrare dello Stato pluriclasse allo Stato borghese»⁹, con un «notevole ampliamento» dell'attività di ricerca scientifica dei pubblici poteri; si ritiene cioè che «l'avvento al potere di gruppi di interessi eterogenei fa sì che lo Stato d(ebba) occuparsi di una pluralità di interessi, che in partenza sono interessi settoriali»¹⁰. E se questa è una notazione generale, è pur vero che essa trovi «una delle sue più facili ed evidenti manifestazioni proprio nella materia attinente alla ricerca scientifica, con la costituzione di numerose figure soggettive, addette allo studio di questo o quel settore»¹¹.

Evidentemente, anche in presenza di un disegno politico, l'esito di questa crescita affastellata ed occasionale di tanti Enti di ricerca sollecitava la esigenza di una razionalizzazione e di essa si diede carico il legislatore con la legge n. 70 del 1975¹².

⁷ Gli affreschi realizzati dall'artista Antonio Achilli (1903 – 1993), da poco restaurati della Sala Marconi, che ritraggono i giganti della Scienza: da Archimede a Lucrezio Caro, da Galileo a Leonardo Da Vinci ad Alessandro Volta e Cristoforo Colombo.

⁸ Così G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 48.

⁹ Così M.S. GIANNINI, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, ora in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, 507 ss., la citazione è a 513.

¹⁰ Così ancora M.S. GIANNINI, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, loc. ult. cit.

¹¹ Così sempre M.S. GIANNINI, op. e loc. ult. cit.

¹² Con il primo “testo unico” sul Pubblico impiego, si definiscono gli enti pubblici di ricerca (“enti scientifici di ricerca e sperimentazione”). Nella tabella allegata, nella categoria VI, sono elencati undici enti: Istituto nazionale per lo studio della congiuntura (ISCO); Istituto di studi per

Ma questo tentativo non poneva un argine alla fioritura disordinata e occasionale degli Enti -processo che in verità in quegli anni affliggeva non solo il settore della ricerca- ma la intera organizzazione pubblica¹³. Le polemiche di Luigi Sturzo, Ernesto Rossi e Leopoldo Piccardi, contro gli “enti inutili” ebbero effetti assai scarsi¹⁴ e neanche in dottrina i tentativi più autorevoli andarono al di là di una opera di classificazione per tipi, relegando il tema degli “enti superflui” ad uno “pseudo-problema”¹⁵.

Negli anni successivi altri enti si aggiungono all’elenco: l’Istituto Nazionale di Alta Matematica “F. Severi” (INdAM), aggiunto nel 1976; l’Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori (ISFOL), aggiunto nel 1978; la Stazione zoologica Anton Dohrn, aggiunta nel 1982; l’Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica (INFS); l’Istituto Centrale per la Ricerca scientifica e tecnologica Applicata al Mare (ICRAM).

E il processo non si arresta, il D.P.R. n. 68 del 5 marzo 1986, definendo i comparti di contrattazione del pubblico impiego, elenca ulteriori enti pubblici di ricerca¹⁶. Ed ancora, negli anni Novanta si aggiungono al comparto di contrattazione degli “enti pubblici di ricerca” altri Istituti ed altri ancora, con l’accordo quadro del 2002 sui comparti entrano ufficialmente nel comparto enti nella ricerca¹⁷.

la programmazione economica (ISPE); Istituto nazionale di geofisica (ING); Istituto nazionale di fisica nucleare (INFN); Istituto elettrotecnico nazionale “Galileo Ferraris” (IEN); Istituto nazionale di studi ed esperienze di architettura navale (INSEAN); Comitato nazionale per l’energia nucleare (CNEN); Istituto nazionale della nutrizione (INN); Istituto nazionale economia agraria (INEA); Consiglio nazionale delle ricerche (CNR); Istituto nazionale di ottica (INO).

¹³ Sul punto si veda il capitolo *Dall’amministrazione concentrata alla fuga dello Stato*, nel lavoro di S. CASSESE, *Governare gli Italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, 147 ss.

¹⁴ Così D. SERRANI, *Un tentativo di riforma del parastato: la Commissione Sturzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, 658 ss.

¹⁵ Si ricorderà per tutti il lavoro di M.S. GIANNINI, *Il problema dell’assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell’attuale momento*, in *Riordinamento degli enti e delle loro Avvocature*, Napoli, 1973, poi in *Rass. Giur. Energia elettrica*, 1974, ora in *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, 687 ss., la citazione è a 685.

¹⁶ Così l’articolo 7 del decreto infatti elenca tutti quelli presenti nella tabella allegata alla legge n. 70 del 1975, più i seguenti: l’Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), regolato poi dal D.lgs. n. 322 del 1989; l’Istituto Superiore per la Prevenzione E la Sicurezza del Lavoro (ISPESL); l’Istituto Superiore di Sanità (ISS); l’Istituto Italiano di Medicina Sociale (IIMS); gli Istituti di ricerca e sperimentazione agraria e talassografici; le Stazioni sperimentali per l’industria.

¹⁷ Negli anni Novanta: il Centro Interforze Studi per le Applicazioni Militari (CISAM); l’Istituto G. Vallauri (Mariteleradar); l’Area ricerca di Trieste – Science Park; l’Istituto Nazionale di Fisica della Materia (INFM); l’Istituto Papirologico “G. Vitelli”; l’Agenzia Nazionale Protezione Ambientale (ANPA). Nel 1996 nasce l’INAF, Istituto Nazionale di Astrofisica.

Nell’accordo del 2002; il Centro per la Ricerca in Agricoltura (CRA); l’Istituto Nazionale di Astrofisica (INAF); l’Agenzia di Protezione Ambiente e Territorio (APAT); l’Istituto Nazionale di Ricerca Montagna (INRM); l’Istituto Nazionale di Oceanografia e di Geofisica Sperimentale (OGS); il Centro per la formazione economica e politica sviluppo rurale; il Centro Fermi; l’Istituto Nazionale di Documentazione, Innovazione e Ricerca Educativa (INDIRE).

A questo punto, le ragioni pur nobili che avevano giustificato la scelta di differenziare gli enti di ricerca dalle Università per favorire un accentramento progettuale e di risorse in vista di concreti e significativi risultati (anche applicativi) si erano totalmente dissolte; la contagiosa malattia della frammentazione della soggettività pubblica aveva irrimediabilmente colpito anche la organizzazione amministrativa degli enti di ricerca. In sostanza, la scelta che in origine aveva giustificato la differenziazione, tutta mirata ad una concentrazione di intelligenze, strutture laboratori e apparati, definizione di grandi progettualità, veniva totalmente tradita da un processo di moltiplicazione di enti e di polverizzazione delle risorse ancor peggiorate di quella esistente nel Sistema universitario Italiano¹⁸.

2. *L'indifferenza apparente del Costituente e la forza (ancora) inespressa dei principi*

La involuzione del modello appena lamentata non ha trovato alcun ostacolo, né alcun correttivo in ragione dell'avvento della Costituzione repubblicana e del nuovo assetto ordinamentale democratico. Come segnalano brevemente le pagine precedenti, infatti, si deve registrare una assoluta continuità tra il periodo corporativo e quello repubblicano nella fioritura disordinata e occasionale dei più disparati Enti pubblici di ricerca.

Ed è per questo che, con un certo disincanto, non si possono condividere le notazioni di quanti hanno inteso attribuire una portata precettiva ed una valenza normativa pregnante alle disposizioni costituzionali in materia, a partire dall'art. 9 Cost.¹⁹.

In realtà, come è ben evidente la previsione in discorso ha carattere meramente programmatico e si limita ad una promozione della ricerca scientifica e tecnica senza offrire alcuna indicazione, né effettuare alcuna opzione di tipo organizzativo o strutturale²⁰. Anzi, senza dubbio in ragione delle tristi esperienze

¹⁸ Su cui si veda, di recente, la lucida analisi di C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, 2019, che esordisce proprio lamentando come si delineano “percorsi di riforme *per aggiunta e per correttivi*, in esito ai quali l'Università è giunta a connotarsi come uno degli ambiti a più elevata ed instabile regolazione” (così a p. IX).

¹⁹ Con minore *vis polemica* rispetto a chi scrive, questa pare anche la opinione di G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca*, cit., 15.

Sul punto in ogni caso si vedano i contributi di F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, vol. I *Rapporti politici*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 434 ss. e di M. CECCHETTI, *Art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, vol. I, Torino, 2006, 217 ss.

²⁰ Va anzi segnalata la occasionalità della menzione. L'inserimento nel testo costituzionale fu frutto di una proposta, avanzata nella seduta del 30 aprile 1947, su iniziativa dei Costituenti Firrao, Colonnetti e Nobile, e approvato come art. 29 bis: «la Repubblica promuove la ricerca scientifica e la sperimentazione tecnica e ne incoraggia lo sviluppo». Testo poi rivisitato in sede di coordinamento finale e ridotto alla versione dell'art. 9.

vissute nel periodo storico immediatamente antecedente, il Costituente si premurava di riconoscere piena libertà ed autonomia quanto all'oggetto, alle forme e agli strumenti della ricerca scientifica affermando solennemente all'art. 33 Cost. che «l'arte e la scienza sono libere»²¹.

Si potrebbe ipotizzare a ragione che il Costituente sia restato del tutto indifferente al tema, lasciandolo alla discrezionalità del legislatore ordinario e all'autonomia propria degli Enti pubblici di ricerca. Questa ipotesi, visto quanto accaduto tra gli anni Settanta e la fine del secolo appena trascorso, sembrerebbe ampiamente confermata, così come ad essa offrono conferma i tentativi del recente legislatore ordinario di restituire ordine e coerenza nel Sistema degli Enti pubblici di ricerca (di cui si dirà nel paragrafo che segue).

Se tutto ciò è vero, non si può ignorare che la Carta costituzionale è una miniera di principi fondamentali che – pur non declinati specificamente per gli Enti della ricerca – valgono come bussola fondamentale per tutti gli Enti pubblici, sia sul piano funzionale della loro attività, sia su quello strutturale della loro organizzazione e delle loro relazioni intersoggettive.

È con riferimento a tali principi che si crede si possa rinvenire una forza propulsiva ancora inespressa del dettato costituzionale con riguardo al sistema degli Enti pubblici di ricerca. Sul punto si è già cimentata la riflessione della dottrina italiana di diritto amministrativo che, in particolare, ha utilmente contribuito a declinare un “catalogo” di principi utilmente applicabili alla organizzazione degli Enti e delle istituzioni di ricerca nel nostro Paese: dai principi di autonomia e differenziazione²², al principio di sussidiarietà²³.

Ma è proprio dando alimento e vita a tali principi nella ricerca scientifica che si sviluppa e si amplifica la esigenza che trovi giusta attuazione anche un altro importante principio costituzionale quello della “leale cooperazione” fra diversi enti pubblici. Come è noto il principio è stato declinato espressamente dall'art. 120 Cost. con riferimento al rapporto tra gli Enti territoriali, ma esso si estende in virtù delle stesse esigenze a tutte le autonomie nelle quali si esprime la soggettività pubblica, a tutti quegli enti la cui autonomia è garantita dalla Costituzione e che – come per gli enti locali – ne godono nel rispetto della unità ed indivisibilità della Repubblica²⁴.

Del carattere generale, se non generico di queste norme, sono del resto convinti sia M. NIGRO, *Lo Stato Italiano e la ricerca scientifica (Profili organizzativi)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 740 ss., spec. a p. 751; sia F. MERUSI, *Commento*, cit., 436 ss. Anche F. MERLONI, *Ricerca scientifica*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1990, 2.

²¹ Sul punto si vedano, fra gli altri, F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990; e A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Scritti in onore di P. Barile*, Padova, 1990, 46 ss.

²² Sul punto si vedano, fra gli altri, F. MERLONI, *La ricerca scientifica tra autonomia e indirizzo politico, tra uniformità e differenziazione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002.

²³ Sul punto ampiamente G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca*, cit., 16 ss.

²⁴ Anche se F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir. pubbl.*, 2002,

Sul punto le riflessioni degli studiosi di diritto costituzionale sono numerose e significative esse partono già prima della riforma del titolo V della Costituzione, argomentando dalla Giurisprudenza costituzionale²⁵, e trovano poi alimento significativo e sviluppo maturo nella richiamata nuova formulazione dell'art. 120 Cost., nel contesto della complessiva riforma del Titolo V della carta fondamentale²⁶.

Ma è in realtà negli studi di diritto amministrativo che, negli anni immediatamente successivi alla Costituzione, si è per prima sviluppata la matura consapevolezza dell'esigenza di una precisa relazione organizzativa che faciliti nella quotidianità la leale cooperazione fra i diversi enti.

È in particolare la riflessione di Vittorio Bachelet che per primo si impegna

865, sottolinea la necessità di una disciplina organica del principio di leale collaborazione. Rileva, in particolare, Merloni che «il riferimento dell'art. 120 è specifico e non estensibile, anche perché sembra ipotizzare un dovere di leale collaborazione a senso unico (un dovere delle autonomie di collaborare con lo Stato). E esso, invece, deve valere nelle due direzioni, come vincolo sia per i livelli superiori che per quelli inferiori [nonché] per la cooperazione paritaria».

²⁵ Dopo le iniziali riflessioni di C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, infatti, la Giurisprudenza costituzionale si è dedicata alla ricostruzione di questo principio. Si ricorda, fra le prime, Corte Costituzionale, sent. n. 175 del 1976 (in materia urbanistica), nella quale si affermava che «competenza regionale e competenza statale devono pertanto coordinarsi tra loro, di guisa che possa realizzarsi un giusto temperamento delle finalità rispettive». Ed infatti lucidamente parte della dottrina ha rintracciato in questa sentenza il fondamento giurisprudenziale del principio di leale collaborazione (così M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, 1313 ss.). Ma è in realtà solo nel corso degli anni Ottanta che la Corte Costituzionale ha posto le premesse per la definizione del fondamento costituzionale della collaborazione.

Ed infatti in quegli anni si avvia una significativa riflessione sul tema; fra i molti, si ricordano A. ANZON, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo fra competenze statali e competenze regionali*, in *Giur. cost.*, 1986; T. MARTINES, *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo, un percorso accidentato*, nel volume collettaneo, *Una riforma per le autonomie*, Milano, 1986; S. BARTOLE, *La Corte Costituzionale e la ricerca di un temperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1989; A. ANZON, *Leale collaborazione tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3532; A. COSTANZO, *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative. Il caso della collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 1990, 2467 ss.

Non mancava peraltro in dottrina chi restava fortemente critico all'affermazione del «principio di leale collaborazione»: cfr. A. BARDUSCO, *Lo Stato regionale italiano*, Milano, 1980, 217 ss., il quale riteneva che «le idee forza di tale disegno [costituzionale] appaiono chiaramente plasmate su di una visione separatista. Si deve invece a leggi successive alla Costituzione l'aver introdotto i congegni di interconnessione, più o meno automatica, fra l'ordinamento statale ed ordinamento regionale: ma si tratta di *rigonfiamenti* del modello costituzionale che nella sostanza ne distorcono le linee originarie».

²⁶ Sul punto molti sono gli scritti, fra i tanti si vedano A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, 210 ss. ed A. GRAT-TERI, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione nel quadro costituzionale*, in *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003*, a cura di E. BETTINELLI e F. RIGANO, Torino, 2004, 426.

nell'offrire una definizione compiuta di coordinamento: «figura (almeno tendenzialmente) predisposta per realizzare la unità di indirizzo di uffici od enti dotati di autonomia»²⁷; una figura cioè che «tende a garantire contemporaneamente la autonomia dei singoli organismi coordinati e insieme la possibilità di un loro indirizzo unitario»²⁸. Come è noto, per Bachelet (ma non è il solo) il coordinamento tende, come risultato, ad armonizzare attività amministrative intestate a figure soggettive distinte che curano interessi pubblici diversificati e in qualche misura convergenti. Interviene sia nei rapporti sovraordinati²⁹, sia nei rapporti di equiordinazione.

Anche nelle pagine critiche di Giannini si riconosce che tale relazione organizzativa ha una sua prospettiva, egli ne parla come “problema del futuro”, ma non nega affatto la sua utilità ed anzi la sua necessità in presenza di “istanze indipendenti”³⁰. Era quindi ben avvertita già allora l'esigenza, di parte della dottrina, di occuparsi delle nozioni di coordinamento e di collaborazione: cose diverse ovviamente, ma animate dallo stesso spirito, cioè dall'esigenza di instaurare una relazione costruttiva tra le forze attive di realtà distinte.

Ed è infatti significativo che, quando nel nostro ordinamento quelle “istanze indipendenti” assunsero forma e divennero titolari di proprie autonome (e poi esclusive) competenze, l'attenzione della dottrina italiana tornò sul tema con rinnovato interesse ed autentico slancio³¹.

²⁷ V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milano, 1962, 635.

²⁸ Così V. BACHELET, *Coordinamento*, *cit.*, 635. E poi si precisa che si dovrebbe invece parlare di collaborazione “*tutte le volte che una continuità di collegamenti si realizzi di fatto tra amministrazioni diverse*” (634).

²⁹ In quello di direzione come di lì a poco avrebbe dimostrato G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969.

³⁰ M.S. GIANNINI, *Intervento*, nel volume degli *Atti del V Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione: Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali (Varenna, Villa Monastero, 17-20 settembre 1959)*, Milano, 1961, ora in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 801 ss., in particolare a p. 806, dove con riferimento al coordinamento fra gli enti locali precisa che esso «appare perciò come problema del futuro che si potrà porre quando avremo una legislazione la quale avrà detto quali attività sono di competenza del Comune, quali dello Stato. Un problema di coordinamento esige una ripartizione chiara delle spettanze».

E, per stare all'oggetto di questa riflessione, è proprio quanto accade nel rapporto tra i diversi enti di ricerca (e le diverse Università), sia a livello nazionale, sia a livello europeo. Sul punto ancora G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca*, *cit.*, 19, il quale ricorda come vada individuato «nella funzione di coordinamento uno dei maggiori punti di debolezza, in materia, del nostro sistema, sino a che il legislatore nazionale non vi ha posto rimedio con l'istituzione di un Ministero dell'Università e della Ricerca scientifica e tecnologica (ora Ministero dell'Università e della Ricerca) dotato di compiti generali di governo del settore, nel rispetto del contestuale riconoscimento dell'autonomia delle università e degli enti di ricerca».

³¹ Con l'avvento di una rinnovata riflessione sulle Autonomie, tra la metà degli anni Settanta e per tutto il successivo decennio, si sono poste sulla scia dell'insegnamento di Bachelet sia le riflessioni di L. ORLANDO, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, 1974, sia quelle di F.

In questo percorso si può leggere in controluce una comune filigrana con le risalenti ma sempre vivide intuizioni sviluppate da Santi Romano nella seconda parte del suo «L'ordinamento giuridico», in cui veniva affrontato – com'è noto – il tema della pluralità degli ordinamenti giuridici e dei possibili rapporti intercorrenti tra loro³². Costruzione, quella romaniana, che si rivela fondamentale anche nella definizione dei rapporti fra i diversi livelli di governo nel Sistema istituzionale dell'Unione Europea³³.

3. *La crisi del modello nella stagione repubblicana*

3.1. *Il peso inutile (anzi dannoso) della burocratizzazione*

Nella stagione repubblicana, in realtà, il legislatore lungi dal declinare forme e strumenti efficaci di coordinamento si è dedicata ad una serie di “tormentate” riorganizzazioni³⁴ che si sono concentrate più sui profili ordinamentali propri degli apparati burocratici che sui profili funzionali della *mission* istituzionale degli Enti di ricerca, la ragione stessa della loro autonoma esistenza e del sostegno pubblico alla loro attività d'istituto. Le incrostazioni burocratiche, in parte imputabili anche agli esiti della conflittualità del confronto nelle successive occasioni di (ri)negoziazione contrattuale del personale dipendente, non hanno sicuramente agevolato una prospettiva di apertura verso l'esterno dei singoli enti di ricerca, né hanno incentivato le occasioni di collaborazione e di coordinamento delle attività di ricerca per il raggiungimento e la massimizzazione dei risultati.

In aggiunta a tali generali limiti, pare opportuno rilevare le criticità che anche il Consiglio di Stato ha avuto occasione di segnalare con riguardo alla disciplina vigente prima della più recente riforma (e di cui si darà atto nel paragrafo che segue).

In primo luogo, si è infatti posto in evidenza e si è lamentata la criticità derivante dalla frammentazione del quadro normativo di cui si è dato conto nelle pagine che precedono. A dire del Consiglio di Stato, «è da evidenziare il carattere

MIGLIARESE TAMBURINO, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979, sia gli studi raccolti e curati da G. AMATO e G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982.

³² Il riferimento è S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, ristampa, Firenze, 1967 ed oggi in ID., *L'“ultimo” Santi Romano*, Milano, 2013, 5 ss.

Sul punto sia consentito rinviare ad A. POLICE, *Le autonomie pubbliche come ordinamenti giuridici*, in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, a cura di R. CAVALLO PERIN *et al.*, Napoli, 2019, 101 ss.

³³ Sull'attualità di quella riflessione nel contesto del diritto europeo si veda, fra gli ultimi, B. NASCIMBENE, *Unione Europea tra unità e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, cit., 101 ss. e F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, Milano, 201, spec. 107 ss.

³⁴ Così G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca*, cit., 39.

estremamente frammentario della disciplina attualmente vigente [...] manca, infatti, un quadro normativo generale di riferimento in materia di Enti pubblici di ricerca»³⁵. E ciò perché – come sopra lamentato – «ogni ente di ricerca trova la propria disciplina nella rispettiva legge istitutiva, con tutto ciò che ne deriva in punto di mancanza di organicità e disomogeneità nella regolamentazione di questa tipologia di enti pubblici»³⁶.

Ma anche le previgenti norme caratterizzate da una più ampia portata applicativa non erano immuni da “forti criticità”. Criticità che il Consiglio di Stato ha rinvenuto proprio in quel tratto marcatamente burocratico della disciplina degli Enti di ricerca, poco attenta al *proprium* dal loro compito, della loro *mission*: la ricerca appunto. Facendo un raffronto con la disciplina delle Università che, come evidente, sono la più prossima figura di enti pubblici con una vocazione e con precisi compiti di ricerca scientifica, il Consiglio di Stato evidenzia, in particolare, «la scarsa autonomia statutaria, regolamentare, finanziaria e contabile attribuita a tali Enti»³⁷.

In ultimo, anche con riguardo al regime dello stato giuridico dei Ricercatori il Consiglio di Stato rileva il difetto di ragionevolezza della previgente disciplina nella disparità profonda che essa conservava rispetto allo stato giuridico dei professori e ricercatori universitari. Si rilevava molto giustamente, infatti, che «a differenza dei ricercatori e dei professori universitari, il cui *status* è definito per legge, lo *status* giuridico dei ricercatori degli Enti pubblici di ricerca viene determinato, fin dal 1989, dalla contrattazione sindacale»³⁸.

In conclusione, il sistema normativo previgente era caratterizzato da un evidente “disallineamento” rispetto al sistema delle autonomie universitarie e tutto sbilanciato verso modelli di disciplina più prossimi agli ordinari enti pubblici, apparati burocratici per vocazione e compiti.

³⁵ Così Cons. Stato, Ad. comm. spec. del 14 settembre 2016, parere n. 02210 del 25 ottobre 2016.

³⁶ Così ancora il Consiglio di Stato, nel parere appena citato.

³⁷ Così sempre il Cons. Stato, parere n. 02210/2016, cit. Ricorda infatti il massimo organo consultivo che «l'art. 8 della legge n. 168/1989 ha previsto che soltanto gli enti e le istituzioni pubbliche nazionali di ricerca “a carattere non strumentale hanno autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile ai sensi dell'articolo 33 della Costituzione e si danno ordinamenti autonomi, nel rispetto delle loro finalità istituzionali, con propri regolamenti”. Di contro, gli artt. 6 e 7 della legge n. 168/1989 riconoscono alle Università completa autonomia statutaria, regolamentare, finanziaria e contabile. Sul piano normativo generale sussiste pertanto una profonda differenza tra Università ed EPR, da un lato, e nell'ambito degli stessi enti pubblici di ricerca, tra gli enti di carattere strumentale e gli enti non strumentali, dall'altro lato. Tale disparità di trattamento impedisce, allo stato, di ritenere completato quel processo di autonomia e di terzietà che il legislatore ha pur ritenuto di avviare con la riforma di cui alla l. n. 168».

³⁸ Così ancora il Consiglio di Stato, nel parere appena citato, dove si lamenta ancora come «la regolamentazione della materia (sia) demandata alla contrattazione sotto vari profili, compreso quello degli accessi e delle progressioni in carriera, e ciò anche per l'assenza di previsioni legislative che riguardino specificamente i ricercatori e i tecnologi».

3.2. *Le riforme (e la semplificazione) dell'organizzazione degli Enti di ricerca come volano al coordinamento di uno sforzo comune*

È quindi da salutare con apprezzamento, nel più complessivo quadro della legge n.124 del 2015 (di riforma della Pubblica amministrazione), la riforma anche degli Enti di ricerca. Il riferimento è, come intuibile, al Decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 218, recante «Semplificazione delle attività degli enti pubblici di ricerca ai sensi dell'articolo 13 della legge 7 agosto 2015, n. 124»³⁹.

Come ben noto, con l'art. 13 della Legge n. 124/2015, recante appunto la «Semplificazione delle attività degli enti pubblici di ricerca», il Governo era stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi al fine di «favorire e semplificare le attività degli enti pubblici di ricerca e rendere le procedure e le normative più consone alle peculiarità degli scopi istituzionali di tali enti, anche considerando l'autonomia e la terzietà di cui essi godono» (comma 1). L'intervento si inseriva nel più generale processo di riordino e di semplificazione della pubblica Amministrazione voluto dalla l. n. 124/2015 e improntato ai principi di efficienza, efficacia, trasparenza dell'attività amministrativa e di accessibilità delle informazioni.

I più significativi principi e criteri direttivi fissati nella delega erano i seguenti: in primo luogo, garantire il recepimento della Carta europea dei ricercatori e del documento *European Framework for Research Careers*, con particolare riguardo alla libertà di ricerca e all'autonomia professionale; in secondo luogo, assicurare l'inquadramento della ricerca pubblica in un sistema di regole più snello e più appropriato a gestirne le peculiarità dei tempi e delle esigenze del settore; in terzo luogo definire regole improntate a principi di responsabilità ed autonomia decisionale, anche attraverso la riduzione dei controlli preventivi ed il rafforzamento

³⁹ Come è noto, il decreto accomuna tutti gli enti di ricerca per la prima volta in una legge dopo il 1975 e ridefinisce quindi all'articolo 1 l'elenco degli istituti: Area di Ricerca Scientifica e Tecnologica di Trieste – Area Science Park, Agenzia Spaziale Italiana – ASI, Consiglio Nazionale delle Ricerche – CNR, Istituto Italiano di Studi Germanici, Istituto Nazionale di Astrofisica – INAF, Istituto Nazionale di Alta Matematica “Francesco Severi” – INDAM, Istituto Nazionale di Fisica Nucleare – INFN, Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia – INGV, Istituto Nazionale di Oceanografia e di Geofisica Sperimentale – OGS, Istituto Nazionale di Ricerca Metrologica – INRiM, Museo Storico della Fisica e Centro Studi e Ricerche “Enrico Fermi”, Stazione Zoologica “Anton Dohrn”, Istituto Nazionale per la Valutazione del Sistema Educativo di Istruzione e di Formazione – INVALSI, Istituto Nazionale di Documentazione, Innovazione e Ricerca Educativa – INDIRE, Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria – CREA, Agenzia Nazionale per le Nuove Tecnologie, l'energia e lo Sviluppo Sostenibile – ENEA, Istituto per lo Sviluppo della Formazione Professionale dei Lavoratori – ISFOL (a decorrere dal 1° dicembre 2016 Istituto nazionale per l'analisi delle politiche pubbliche – INAPP), Istituto Nazionale di Statistica – ISTAT, Istituto Superiore di Sanità – ISS, Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale – ISPRA (ferme restando le disposizioni di cui alla legge 28 giugno 2016 n. 132). All'articolo 19 dello stesso Decreto Legislativo si precisa poi che le norme contenute si applicano anche al personale di ricerca confluito.

di quelli successivi; in quarto luogo, razionalizzare e semplificare i vincoli amministrativi, contabili e legislativi; infine, semplificare la normativa e coordinarle con le migliori pratiche internazionali.

In generale, lo scopo della riforma era quello di innovare la disciplina attualmente vigente differenziandola in modo significativo da quella prevista per la maggior parte delle pubbliche Amministrazioni, al fine di allinearla quasi completamente al sistema delle autonomie universitarie.

Di ciò si è reso ben conto il Consiglio di Stato che ha giustamente evidenziato la *ratio legis* nell'intento «di valorizzazione e rivalutazione degli enti pubblici di ricerca, in ragione degli effetti positivi sull'economia del Paese che un siffatto intervento è certamente destinato a produrre». Per tale motivo – sempre a dire del Consiglio di Stato – «pur nell'ambito di un intervento diretto alla semplificazione amministrativa, il legislatore ha ritenuto opportuno includere tra gli obiettivi della riforma il recepimento della Carta europea dei ricercatori e del documento *European Framework for Research Careers*, con particolare riguardo alla libertà di ricerca, all'autonomia professionale»⁴⁰.

Non si può certo dire che la disciplina attuale sia immune da critiche e da limiti, ma non è certo questa la sede per svolgere un approfondimento critico⁴¹. Ciò che si vuole segnalare è che, grazie all'intervento riformatore, sicuramente si è quantomeno avviato un percorso di significativo riavvicinamento tra gli Enti pubblici di ricerca ed il Sistema universitario con ciò superando i profili più deteriori, anacronistici ed ingiustificati della differenziazione dei modelli organizzativi. Quelle che, ricordando una grande opera teatrale napoletana⁴², ci si era permessi di definire come le “miserie” della differenziazione.

Questo processo di graduale convergenza dei modelli organizzativi è particolarmente significativo per il discorso che in questa sede si sta svolgendo, in quanto esso assolve ad una importantissima funzione di stimolo all'applicazione di quei principi di leale cooperazione e efficace coordinamento che -almeno a parere di chi scrive- è se non l'unico certamente il principale motore per una “rinascita”.

4. *La leale cooperazione fra Università ed Enti di ricerca come unico rimedio alla decadenza*

Nel dare forza a questo convincimento, e cioè che la cooperazione ed il coordinamento degli sforzi delle istituzioni della ricerca costituiscano l'unico vero rimedio alla decadenza di queste istituzioni, sovengono le pratiche assai

⁴⁰ Così ancora il Consiglio di Stato, Ad. comm. spec., parere n. 02210/2016, cit.

⁴¹ Approfondimento peraltro già svolto mirabilmente in dottrina da G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca*, cit., specialmente nei capitoli 2, 3 e 4.

⁴² Sia consentito il riferimento alla commedia di E. SCARPETTA, *Miseria e nobiltà*, Napoli, 1887.

virtuose proprio di alcuni Enti di ricerca e di alcune Università. Una prospettiva di partenariato pubblico-pubblico che è stata giustamente salutata in dottrina⁴³ come una importante pietra miliare delle future prospettive della ricerca italiana.

Il riferimento è in particolare al Consiglio Nazionale delle Ricerche che, in linea con quanto previsto dallo Statuto dell'Ente e nell'ambito delle attività previste dall'art. 26 del proprio Regolamento di Organizzazione e Funzionamento, ha ritenuto opportuno avviare, negli ultimi anni, un processo di razionalizzazione delle collaborazioni con le Università e i Politecnici italiani al fine di definire, in un quadro sistematico ed organico, un sistema che garantisca alla propria rete scientifica una serie di strumenti di cooperazione e interazione con il mondo accademico nei diversi settori della formazione, della ricerca e dell'innovazione tecnologica.

Punto di partenza di tale processo è stato l'Accordo Quadro stipulato, tra il CNR e la Conferenza Nazionale dei Rettori delle Università italiane (CRUI) in base al quale entrambi gli Enti hanno inteso svolgere una funzione di indirizzo e coordinamento per l'attuazione congiunta di programmi di ricerca nazionale ed internazionale e corsi di alta formazione fra le Università e la rete scientifica CNR (anche con il coinvolgimento del mondo industriale), per la promozione delle conoscenze scientifiche e tecnologiche e per la condivisione di infrastrutture.

La CRUI e il CNR hanno voluto inoltre favorire la massima valorizzazione dei risultati scientifici generati dal sistema della ricerca pubblica e la loro trasformazione in innovazioni tecnologiche, e quindi la nascita e la crescita di imprese *high-tech* sull'intero territorio nazionale.

In tale ottica, il CNR ha ritenuto opportuno individuare attraverso le Convenzioni Quadro con le Università e i Politecnici nuove forme di collaborazione per promuovere e favorire l'internazionalizzazione delle attività di ricerca e formazione, anche attraverso la partecipazione a progetti internazionali ed europei, che rappresentano un asset strategico nelle politiche di posizionamento delle due istituzioni.

Particolarmente significativo è lo sviluppo dei rapporti di collaborazione che il CNR ha attivato negli ultimi anni con le Università e i Politecnici che evidenzia la crescita esponenziale delle collaborazioni nate negli ultimi anni. In particolare, alla data del 31 dicembre 2019, sono in vigore n. 76 Convenzioni Quadro che costituiscono il presupposto per nuove collaborazioni di ricerca, formazione e trasferimento tecnologico tra le strutture di ricerca dell'ente e i Dipartimenti Universitari⁴⁴.

È questo il modo migliore per unire gli sforzi, ridurre le inefficienze, massimizzare gli *output*, perseguire cioè la propria missione istituzionale in una logica

⁴³ Sul punto G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca*, cit., spec. 185 ss.

⁴⁴ Sul punto si veda il sito istituzionale del CNS, alla pagina *Rapporti con le Università*.

di risultato⁴⁵ che costituisce l'unica vera prospettiva di rinascita non solo del Comparto della Ricerca ma dell'intero Paese.

5. *La ricerca in comune al servizio esclusivo della Nazione. Brevi conclusioni*

«Sono questi nel nostro Paese, giorni di impegno e di riflessione. Nuove idee sono richieste per rispondere a sfide inattese», così in un recente intervento il Presidente della Repubblica, sottolineando come vi sia «un'attesa esigente: ci si interroga su come il Paese possa imboccare, in questa fase di ricostruzione, strade più moderne e insieme più rispettose delle risorse naturali, per modelli di vita che vedano le persone, al centro degli sforzi di crescita della nostra società e di quella che disegneremo»⁴⁶.

Questa attesa esigente di nuove idee per sfide inattese è una domanda che interpella in modo particolare proprio le Istituzioni della ricerca. Enti ed Università devono raccogliere questo monito e lavorare in modo coordinato, condividendo la comune missione. Solo unendo gli sforzi di tali persone giuridiche pubbliche (Enti di ricerca ed Università) e coordinando il lavoro dei loro Ricercatori, si potrà davvero dare senso al dovere di ciascuno di porsi, come la Costituzione ci impone⁴⁷, «al servizio esclusivo della Nazione».

⁴⁵ Sulla cui portata la dottrina amministrativistica da lungo tempo si interroga. Cfr. *Principio di legalità ed amministrazione di risultati, Atti del Convegno dal medesimo titolo (Palermo, febbraio 2003)*, a cura di M. IMMORDINO e A. POLICE, Torino, 2004.

⁴⁶ Il riferimento è all'*Intervento* del Presidente Sergio MATTARELLA in occasione della prima maratona digitale di *Visionary Days* intitolata "*Quale Futuro*" (Roma, palazzo del Quirinale, giugno 2020).

⁴⁷ Sull'art. 98 Cost., primo comma, si rinvia a C. PINELLI, *Il I comma dell'art. 98*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e poi continuato da A. PIZZORUSSO, 1994, 31 ss., e ad A. SAITTA, *Art. 98*, in *Commentario della Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, 1909 ss.

Abstract

Il saggio si concentra sulle relazioni tra le Università e gli Enti di ricerca in Italia. L'evoluzione storica dei due modelli di enti pubblici dedicati alla ricerca è esaminata quale punto di partenza per suggerire nuove forme e opportunità di cooperazione per massimizzare gli sforzi di raggiungere gli obiettivi comuni nel generale interesse della comunità.

Research institute system and university system: a complementary model in the
Italian experience
by Aristide Police

The essays is focused on the relationships between the universities and the research institutes in Italy. The historical evolution of the two different models of public bodies devoted to the research activity in Italy is examined as the standpoint to suggest new forms and opportunities of cooperation in order to maximize the efforts to achieve the common goals in the general interest of the community.

Contro il prossimalismo nel governo del territorio*

di Pier Luigi Portaluri

Ihr drängt euch um den Nächsten und habt schöne Worte dafür.
Aber ich sage euch: eure Nächstenliebe ist eure schlechte Liebe zu euch selber.

F.W. Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*

SOMMARIO: 1. La prossimalità, mito infestante. – 2. La governazione del territorio, ovvero del Grande Nemico. – 3. Gli esordi resistiti e già perdenti del disegno normativo: la legge urbanistica del '42. – 4. La legge ponte e un mistero italiano: l'anno di moratoria. – 5. La «raffica regionalista» del d.P.R. n. 616/'77. – 6. L'ultima difesa: la legge Galasso. – 7. Regionalismi urbanistici e nuove insidie prossimaliste. La risposta della Consulta. – 8. Amministrazioni consensuali e non: un dialogo difficile per una riforma (sinora) irraggiungibile. – 9. Ancora grandi sogni. E piccoli, più realistici, cabotaggi.

1. *La prossimalità, mito infestante*

Un interminabile spettacolo di ipocrisia istituzionale. Inutilmente contrastato da chi si oppone a questa perniciosa messa in scena.

Il governo del territorio, nella sua storia anche giuridica, suscita la tentazione di dividere sbrigativamente il campo fra “buoni” e “cattivi”. I primi potrebbero essere, per esempio, i sostenitori di norme contrarie al mito infestante dell'*amministrazione di prossimità*: coloro, in altre parole, che cercano di contenere per quanto possibile le attribuzioni delle amministrazioni territoriali – in particolar modo dei Comuni – nella gestione del territorio, del paesaggio e dell'ambiente¹.

* Questo lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*. Il cui affetto per me – non meno profondo che ricambiato – ha i colori adesso del consiglio saggio ed erudito; adesso della guida rasserene e sicura.

¹ M. IMMORDINO, *La dimensione “forte” della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, 2008, n. 1, ha a suo tempo salutato con grande favore il neocentralismo del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 (che la Consulta aveva positivamente vagliato nella sentenza ivi commentata): quel decreto, «muovendosi su una linea di tendenziale rafforzamento di attribuzioni in capo allo Stato, ha segnato una inversione rispetto all'indirizzo, affermatosi a partire dalla seconda metà degli anni Settanta e ripreso dal Codice del 2004, caratterizzato dal riconoscimento alle regioni di un ruolo centrale nella tutela del paesaggio e, in particolare, nella fase di gestione del vincolo paesaggistico [...]. Inversione di tendenza che era stata invocata anche da quei settori della società civile più sensibili alle tematiche paesaggistiche nel tentativo di porre un argine a quel processo di urbanizzazione-trasformazione intensiva del territorio, particolarmente grave ove si pensi che ha riguardato principalmente aree di elevato

Digressione necessaria. Breve. Il mito di cui parlo si descrive con poche parole. Consiste nel favorire gli assetti organizzativi che attribuiscono il maggior numero di competenze alle amministrazioni rappresentative “più vicine” ai cittadini: cioè – per cerchi concentrici sempre più ampi – ai Comuni, alle Province, alle Regioni. In questa lettura, lo Stato è una figura soggettiva con venature di negatività ontologica, poiché distante e sordo alle sane esigenze delle neglette collettività locali, invece ben amministrate dai virtuosi enti territoriali².

L’ordinamento porta ancora le ferite³ di una tale impostazione. Parlo della miniriforma costituzionale del 2001, che riuscì nel non facile obiettivo di peggiorare il Titolo V della Carta. Come tutti sanno, il (nuovo) primo comma dell’art. 118 Cost. attribuisce le funzioni amministrative territoriali ai Comuni, salvi i casi di sussidiarietà ascendente sulla base dei tre noti principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. In sintesi, il legislatore ordinario deve di regola dare la precedenza ai Comuni⁴. Sarebbero loro le amministrazioni pubbliche rappresentative per eccellenza: vicine al cittadino, e per ciò solo capaci di coglierne con prontezza i bisogni e quindi di soddisfarli con premura solerte ed efficiente.

Purtroppo la norma appena ricordata continua a dimenticare un aspetto

pregio paesaggistico e culturale, che ha messo drammaticamente in luce l’incapacità, determinata spesso dalla mancanza di una chiara volontà politica in tal senso, delle amministrazioni locali a garantire la legalità degli interventi di trasformazione del proprio territorio prima, ed a sanzionare l’abusivismo edilizio, dopo [...]».

² Di questa *Vorverständnis* si trova per esempio traccia nel saggio di G. GARDINI, *Riordino istituzionale e nuove forme di governo locale*, in *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini, a cura di L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI, 2017, 67 ss., spec. 69. Con riferimento agli assetti ordinamentali conseguenti allo scenario di crisi economico-sociale iniziata negli anni dieci di questo secolo, Gardini nota che «l’autonomia cessa di essere una virtù e assume i contorni del vizio». A me pare invece che, in generale, né l’autonomia, né il centralismo possano essere *a priori* qualificati assiologicamente in un senso o nell’altro. Se poi guardiamo, in particolare, al governo del territorio, avrei sì qualche difficoltà nel mantenere una posizione di indifferenza valutativa: ma orientandomi in senso opposto a quello indicato da Gardini.

³ Puntualmente ignorate. L’antidoto, in Italia tradizionalmente inutilizzato, lo indica S. SETTIS, *L’Italia delle fragilità*, in *La Stampa*, 25 maggio 2021: «Non c’è sfera di cristallo, non c’è negromante da cui invocare risposte. Abbiamo (avremmo) uno strumento più efficace per interrogarci su questo tema, che compare e scompare nel discorso pubblico come un perenne, ostinato fume carsico. Questo strumento è (sarebbe) la memoria».

⁴ Una voce che mi appare per fortuna dissonante è quella di M. RENNA, *L’allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in *Diritto dell’ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, 2021, 151: «Applicare il principio di sussidiarietà, invero, non significa affatto privilegiare incondizionatamente i livelli di governo locali nella distribuzione delle competenze. [...] Insomma, il principio di sussidiarietà verticale ha in realtà una valenza intrinsecamente e fisiologicamente ambivalente, poiché, a seconda dell’ampiezza e della consistenza delle funzioni che devono essere conferite, la sua applicazione può sospingere dette funzioni sia “verso il basso” che “verso l’alto”. [...] In materia ambientale, quindi, è proprio una rigorosa applicazione del principio di sussidiarietà che, per le ragioni sopra esposte, dovrebbe portare all’allocazione di funzioni di tutela a un livello mediamente “alto”».

tanto ovvio, quanto tristemente sperimentato: la facile “catturabilità” del decisore locale da parte di soggetti che possano esercitare pressioni tali da far prevalere l’interesse privato sull’interesse pubblico. È soprattutto qui, nella dimensione spaziale degli enti territoriali⁵, che si può più facilmente osservare quel sistema opaco per cui la scelta finale non è l’esito della legittima ponderazione fra interessi (pubblici e privati) palesi, ma la risultante di pressioni (solo private) occulte⁶.

La riforma costituzionale del 2001 è tanto più incomprensibile nell’aver stabilito una clausola di preferenza a favore dei Comuni e degli enti di prossimità in generale⁷, se si pone mente alla dovizia di esempi offerti dalla storia istituzionale italiana circa l’infelice riuscita delle figure territoriali nel saper contenere spinte siffatte, corpulente e devianti rispetto alla cura dell’interesse pubblico.

Mi guardo bene dal generalizzare. È infatti nota la differenza “prestazionale” che corre fra i Comuni delle varie aree geografiche italiane, dove il centro-nord del Paese esprime tradizionalmente capacità di buon governo, che restano *tendenzialmente* estranee – è amaro dirlo – al resto d’Italia⁸.

Il tema della prossimità tuttavia resta.

Il governo del territorio è un buon esempio della mia diffidenza per la

⁵ Di regola medio-piccola, nel mosaico geoamministrativo italiano.

⁶ Devo fare subito una precisazione, forse ovvia. La mia lettura antiprossimalista concerne la gestione *ordinaria* dei processi reali relativi al territorio. Il quadro cambia se invece guardiamo a episodi trasformativi che sono caratterizzati da una doppia eccezionalità: la loro natura interventuale e – ancor più – la loro riferibilità ad agglomerati urbani di grandi dimensioni, come Roma o Milano. Mi riferisco alle riflessioni di P. URBANI, *Ripensare la città o la città contemporanea? Note a margine*, in *Astrid*, 2021, 7, secondo cui «il punto centrale delle recenti vicende urbanistiche è quello della riduzione della discrezionalità dell’amministrazione locale – favorito da interventi legislativi statali e regionali recenti – a vantaggio di interessi superlocali che spesso non hanno nulla a che fare con l’interesse pubblico sovraordinato, ma piuttosto, con interessi di parte per lo più privati che – qualora realizzati – contribuiscono ad aumentare le fratture urbane più che a risanarle, sotto le mentite spoglie della rigenerazione urbana». Peraltro, sempre con riferimenti a questi casi lo stesso Urbani subito dopo avverte: «non è sempre vero – come si è detto – che il comune sia espropriato di determinate funzioni in merito alla determinazione di un assetto condiviso del territorio. In realtà l’ente locale primario – come confermato più volte dalla Corte costituzionale riprendendo l’art. 114, 2° co. e l’art. 118 Cost. – dispone di tutti gli strumenti per governare il territorio, ma in molti casi mancano le politiche».

⁷ Riconosciuta anche da G. GARDINI, *Riordino istituzionale*, cit., 75, sebbene in un quadro di giudizio *opposto* a quello da me qui sostenuto: «l’idea posta a fondamento della riforma del Titolo V non era solo quella di potenziare l’autonomia dei territori, regioni in testa. A fianco di questo obiettivo, senz’altro prioritario, vi era anche l’idea di rompere l’uniformità amministrativa, riducendo la consistenza delle funzioni amministrative assegnate allo Stato, potenziando il profilo dei Comuni come enti amministrativi, valorizzando il ruolo regionale di programmazione e legislazione».

⁸ V. DE LUCIA, *Urbanistica sostenibile e non sostenibile. Un confronto tra città*, in *Meridiana*, 2001, 45 ss., spec. 46: «Certamente, non può farsi di tutt’erba un fascio, Ferrara non è Agrigento, le coste della Toscana non sono quelle della Calabria. In nessuna città olandese, inglese, francese o tedesca ci sono quartieri come il Vomero o Monte Mario».

retorica dell'amministrazione "vicina al cittadino"⁹. Ripeto. La vicinanza dovrebbe

⁹ Mi pare che anche la Consulta abbia oramai rescisso il filo che lega la pianificazione urbanistica anzitutto al livello comunale: «[...] Se quindi la funzione di pianificazione comunale rientra in quel nucleo di funzioni amministrative intimamente connesso al riconoscimento del principio dell'autonomia comunale, ciò non comporta, tuttavia, che la legge regionale non possa intervenire a disciplinarla, anche in relazione agli ambiti territoriali di riferimento, e *financo a conformarla in nome della verifica e della protezione di concorrenti interessi generali collegati a una valutazione più ampia delle esigenze diffuse sul territorio* (sentenza n. 378 del 2000). Anche dopo l'approvazione della riforma del Titolo V della Costituzione, infatti, questa Corte ha ribadito, con riguardo all'autonomia dei Comuni, che "essa non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale *a fronte di esigenze generali che giustificano ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali*" (sentenza n. 160 del 2016). Non sono mancate occasioni, inoltre, in cui questa Corte ha anche espressamente escluso che "il 'sistema della pianificazione' assurga a principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale – che è fonte normativa primaria sovraordinata rispetto agli strumenti urbanistici locali – di prevedere interventi in deroga a tali strumenti" (sentenza n. 245 del 2018; nello stesso senso, sentenza n. 46 del 2014). La competenza concorrente in materia di governo del territorio, infatti, abilita fisiologicamente la legislazione regionale a intervenire nell'ambito di disciplina della pianificazione urbanistica; del resto, come correttamente ricorda la difesa della Regione e delle parti private, è la stessa norma che individua le funzioni fondamentali comunali a prevedere che rimangono ferme "le funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni, loro spettanti nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto, della Costituzione" (art. 14, comma 27, del d.l. n. 78 del 2010, come sostituito dall'art. 19, comma 1, lettera a, del d.l. n. 95 del 2012, come convertito). [...] All'interno del delicato rapporto tra l'autonomia comunale e quella regionale, tuttavia, questa Corte ha avuto modo di precisare anche che "il potere dei comuni di autodeterminarsi in ordine all'assetto e alla utilizzazione del proprio territorio non costituisce elargizione che le regioni, attributarie di competenza in materia urbanistica siano libere di compiere" (sentenza n. 378 del 2000) e che la suddetta competenza regionale "non può mai essere esercitata in modo che ne risulti vanificata l'autonomia dei comuni" (sentenza n. 83 del 1997). Su questo piano, è quindi richiesto uno scrutinio particolarmente rigoroso laddove la normativa regionale non si limiti a conformare, mediante previsioni normative alle quali i Comuni sono tenuti a uniformarsi, le previsioni urbanistiche nell'esercizio della competenza concorrente in tema di governo del territorio, quanto piuttosto comprima l'esercizio stesso della potestà pianificatoria, come nel caso di specie, paralizzandola per un periodo temporale. *In questi casi, dove emerge come il punto di equilibrio tra regionalismo e municipalismo non sia stato risolto una volta per tutte dal riformato impianto del Titolo V della Costituzione, il giudizio di costituzionalità non ricade tanto, in via astratta, sulla legittimità dell'intervento del legislatore regionale, quanto, piuttosto, su una valutazione in concreto, in ordine alla "verifica dell'esistenza di esigenze generali che possano ragionevolmente giustificare le disposizioni legislative limitative delle funzioni già assegnate agli enti locali"* (sentenza n. 286 del 1997). Viene quindi in causa il variabile livello degli interessi coinvolti, cui ha riconosciuto specifica valenza costituzionale l'affermazione del principio di sussidiarietà verticale sancito nell'art. 118 Cost., che porta questa Corte a valutare, nell'ambito di una funzione riconosciuta come fondamentale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera p), Cost., quanto la legge regionale toglie all'autonomia comunale e quanto di questa residua, in nome di quali interessi sovracomunali attua questa sottrazione, quali compensazioni procedurali essa prevede e per quale periodo temporale la dispone» (C. cost., 16 luglio 2019, n. 179: è l'importante sentenza secondo cui, più in generale, l'urbanistica «da un lato, riguarda le più recenti concezioni di territorio, considerato non più solo come uno spazio topografico suscettibile di occupazione edificatoria ma rivalutato come una risorsa complessa che incarna molteplici vocazioni (ambientali, culturali, produttive, storiche) e, dall'altro, è avvertita sul

be essere perseguita o al contrario fuggita – lo predicava vanamente Massimo Severo Giannini già sul finire degli scorsi anni '50¹⁰, quando l'Italia poteva ancora divenire un Paese civile – a seconda delle funzioni concrete di cui di volta in volta si tratta di decidere il soggetto pubblico tributario¹¹. Necessaria quando il polo pubblico si pone quale erogatore di servizi alla persona¹², la prossimità dovrebbe almeno di regola cedere il passo al criterio opposto – all'amministrazione che potremmo chiamare *distale* – nei casi in cui la p.A. agisca in termini sostanzialmente interventuali, come *Eingriffsverwaltung*. Quando cioè essa è chiamata a decisioni e politiche che non sono funzionalizzate a soddisfare le istanze rivoltele direttamente dai cittadini in funzione di benessere personale o di accrescimento della propria sfera giuridica, ma ad azioni che – pur sempre in vista di un obiettivo d'interesse pubblico – finiscono più o meno certamente con il conformare o comunque incidere in modo lesivo, anche se pienamente legittimo e opportuno, negli interessi privati.

Pur comprendendo ambiti d'azione ben più vasti dell'amministrazione d'intervento, il governo del territorio è quindi assimilabile a quest'ultima tipologia di azioni pubbliche: onde la necessità, a mio avviso, di ripensare e superare quel passatista relitto preunitario¹³ che è il principio di uniformità.

Infranto non solo nel suo significato e versante organizzativo, ma anche (e anzitutto) funzionale, esso lascerebbe il posto a una differenziazione che

fatto che il consumo di suolo rappresenta una delle variabili più gravi del problema della pressione antropica sulle risorse naturali»).

¹⁰ È il breve, celebre scritto *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1959, 11 ss. Tra le prime righe, col suo stile elegante e patinato d'ironia: «i periodi di maggior floridezza di comunità associate generali sono stati quasi sempre contraddistinti anche da particolare intelligenza di strutturazione di pubblici poteri» (11).

¹¹ «La forma più appariscente di questa mancanza di chiari rapporti organizzativi tra i pubblici poteri è costituita principalmente dall'assoluta empiricità della ripartizione delle funzioni», sempre vittime di una vieta «tecnica del frazionismo» (M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, cit. rispettivamente 13 e 14).

¹² Per esempio l'assistenza sanitaria, che richiede sia pianificazione delle prestazioni ai livelli centrale, regionale e comunale, sia conoscenza capillare delle esigenze della popolazione locale. Cfr. R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 45 ss. (il saggio è leggibile anche all'indirizzo www.robertobin.it): «Il principio di sussidiarietà non è un criterio per allocare le funzioni amministrative ma un principio di buon governo. Prima ancora di servire da guida per l'allocazione delle funzioni esso invita a considerare quale livello di governo è in posizione ottimale per percepire la realtà rispetto alla quale determinate funzioni vanno esercitate. I servizi alla persona non possono essere opportunamente organizzati da lontano [...]» (55).

¹³ Una sintesi dei modelli preunitari e poi precostituzionali in E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004, p. 92 ss.: «L'uniformità si afferma non tanto per forza propria, quanto per debolezza dello Stato italiano di recente formazione: [...] si decide, così, di "prevenire la disuguaglianza" dei corpi sociali intermedi. L'uniformità cala, consapevolmente, su realtà sociali e politiche fortemente disomogenee, ed è evidente sin dall'affermazione normativa della medesima disciplina per tutti gli enti locali, come questa stessa affermazione non tenga conto di differenze di fatto rilevantisime» (97 s.).

riconoscesse «tipologie di funzioni diverse a seconda della classe (dimensionale, finanziaria, geografica) cui appartengono i diversi comuni»¹⁴.

Tema antico, in realtà.

I primi a resistere alla differenziazione – e a nascondersi invece sotto il sacrosanto, ma «grigio diluvio democratico» – sono proprio i Comuni (o comunque una loro parte significativa)¹⁵. Ce lo ha ricordato, molto bene, ancora Roberto Bin: «la strada che non è mai stata praticata con convinzione in Italia è quella della differenziazione delle attribuzioni»¹⁶. Eppure – prosegue Bin – «quando una delle poche norme sagge introdotte dalla riforma costituzionale del 2001 pone il principio di differenziazione accanto a quello di sussidiarietà (e di adeguatezza), altro non sta facendo che scrivere l'ennesima formulazione “specializzata” del principio costituzionale di eguaglianza: situazioni eguali vanno trattate in modo eguale, ma situazioni diverse vanno trattate diversamente»¹⁷.

Ci tornerò alla fine.

¹⁴ Così, in modo questa volta condivisibile, G. GARDINI, *Riordino istituzionale*, cit., 95. Che prosegue: «Non tutti i municipi possono e debbono fare le stesse cose, ma vanno distinte le funzioni comunali in base alle capacità, alle risorse, all'adeguatezza degli enti che le esercitano».

¹⁵ R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?*, cit., 57: «Purtroppo l'Ance si è rivelato in tutti questi anni come un fautore della visione centralistica delle autonomie: un'organizzazione nazionale di tipo sindacale che lotta contro la differenziazione e ignora di conseguenza qualsiasi considerazione concreta in merito all'adeguatezza delle amministrazioni comunali».

¹⁶ R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?*, cit., 48.

¹⁷ R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?*, cit., 52. . Ancora Bin, con parole più recise: «È un vecchio inganno che tormenta il discorso sulle autonomie potrei dire da sempre, sin dagli anni del Regno di Sardegna, ancor prima dello Statuto Albertino, ai tempi dei primissimi tentativi di riordinare l'autonomia comunale. Il problema – ancor oggi attuale, del resto – è se si potevano differenziare le competenze dei comuni in base alla loro dimensione demografica, o se ai piccoli comuni montani si dovessero riconoscere le stesse attribuzioni dei comuni maggiori. Il Consiglio di Stato prima (1852) e Santi Romano poi (1908) dissero di no, sostennero l'idea – a mio avviso profondamente sbagliata e alquanto disastrosa per la storia d'Italia – che, come i cittadini devono essere tutti eguali davanti alla legge, così dev'essere anche per i comuni, anch'essi tutti eguali nelle loro attribuzioni, piccolissimi o grandissimi che essi siano. Qui si scorge l'equivoco. Sembra che l'eguaglianza di regime cui sono sottoposti gli enti territoriali sia la condizione dell'eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti “di prestazione”. I due piani sono invece del tutto distinti. Attribuire le stesse risorse finanziarie e le stesse competenze amministrative alle regioni non significa affatto che tutti i cittadini siano messi nelle stesse condizioni di godimento delle prestazioni pubbliche. [...] Sono “eguali” le autonomie in Italia? Chiunque risponderebbe di no, ma non la legge: che il Comune di Milano disponga di adeguati servizi tecnici e il comune di un fondovalle isolato e spopolato no, non sembra dover avere conseguenze; è invece le ha, e il disastro ambientale e territoriale del nostro Paese ne è la prova. Lo dimostrano le periferie costruite in Italia in epoca repubblicana, una vergogna in cui le chiese si confondono con le stazioni di rifornimento e le case si mescolano ai capannoni: sono il frutto di un'autonomia data ai comuni che non avevano le risorse organizzative, conoscitive, culturali e politiche – talvolta anche morali – per fronteggiare gli interessi privati, interessi troppo vicini all'amministrazione per essere amministrati nell'interesse pubblico. L'autonomia – forse si potrebbe chiamare persino la “sovrantà” – urbanistica riconosciuta egualmente a tutti i

2. *La governazione del territorio, ovvero del Grande Nemico*

Un paradigma, dicevo, è la funzione di governo del territorio. Che qui intendo in senso molto ampio, comprensiva cioè dei tre tronconi in cui è stata assurdamente spezzata: urbanistica, paesaggio, ambiente¹⁸. Tralascio il groviglio concettuale e definitorio che ha avviluppato progressivamente queste tre materie¹⁹. Non parlerò quindi dei continui cambiamenti nel disegno delle competenze legislative e amministrative che il nostro ordinamento ha conosciuto sul punto; né dei discutibili sforzi normativi fatti per sezionare i tre ambiti, onde disegnare discipline differenziate.

Conta invece un altro aspetto. Il governo del territorio, la tutela del paesaggio e dell'ambiente sono attività – diciamo così – invise a molti “consociati”²⁰.

Amministrare il territorio significa – un cenno appena – dotarsi di un piano regolatore che potrebbe precludere al proprietario di un suolo il conseguimento d'un permesso di costruire; o che potrebbe tipizzare un'area come completamente inedificabile perché destinata a verde privato²¹. Il valore economico ne uscirebbe praticamente azzerato.

comuni italiani questo ha prodotto» (R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, di prossima pubblicazione in *Le Regioni*, n. 1, 2001).

Il non meno esiziale che celebre passo di S. Romano («[...] quei medesimi motivi che avevano imposto la più rigorosa applicazione del principio d'eguaglianza fra gl'individui, richiedevano che al principio medesimo non si venisse meno per le più elementari aggregazioni politiche di quest'ultimi»: Id., *Il Comune*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1908, vol. II, parte I, 495 ss., spec. 506) è sì seguito da un'ammissione: che la differenziazione «corrisponderebbe alla natura delle cose» (Id., *op. cit.*, 509). Ma Romano poi tira dritto: «[...] resta fermo il principio che il tipo del Comune italiano è unico, nel senso che unica è la forma della costituzione e del suo governo. E non a caso si è adoperata la parola *principio*, giacché sembra, che l'eguaglianza di tutti i Comuni non sia soltanto un semplice stato di fatto, ma che in vece essa dia luogo altresì ad una vera e propria norma giuridica, che ha un significato analogo a quello che il principio costituzionale di eguaglianza ha per i cittadini. Donde la conseguenza che della violazione di una norma siffatta, i Comuni, quando ne sia il caso, posso ritenersi lesi nei loro diritti e nei loro interessi legittimi» (Id., *op. cit.*, 512).

¹⁸ Frangendo così l'insieme di interazioni fra natura e azione umana. Eppure – cantava a Sibilla l'Orfico di Marradi – «I piloni fanno il fiume più bello. E gli archi fanno il cielo più bello».

¹⁹ Vicende ricostruite, anche nei loro presupposti politici o comunque metagiuridici, da S. SETTIS, *Paesaggio, Costituzione, cemento*, Torino, 2012, 222 ss. Nell'osservare che in questo modo «l'Italia si fa in tre», Settis parla giustamente di «dissennati divorzi» (242 s.).

²⁰ Altro lemma che i giuristi usano senza curarsi dell'ipocrisia che vi è insita.

²¹ La tipizzazione a verde privato arreca infatti il massimo pregiudizio alle situazioni dominicali, poiché non solo le svuota completamente di contenuto, ma anche a tempo indeterminato e senza alcuna previsione di indennizzo: tranne i casi di oggettiva corrispondenza con la reale situazione di fatto (presenza effettiva di parchi, giardini, etc.), questa scelta è spesso utilizzata *contra inimicos* dalla peggior politica urbanistica comunale. La giurisprudenza, peraltro, nel confermare che tipizzazioni siffatte non hanno carattere sostanzialmente espropriativo, ha di fatto rinunciato a offrirne una costruzione dogmaticamente plausibile, forse sospinta dal pur comprensibile intento assiologico di non compromettere la tutela delle aree *realmente* interessate da essenze vegetali di particolare interesse. Ricomprendere il vincolo a verde privato nell'ambito delle previsioni non

Effetti analoghi, o ancora più sgraditi al privato, possono derivare dalle azioni pubbliche a tutela del paesaggio o dell'ambiente. La formazione del piano paesaggistico regionale *ex art.* 135 ss. del codice Urbani, elaborato di concerto dalla Regione e dallo Stato: le cui previsioni vincolistiche – cioè direttamente conformative – su alcune aree del territorio limitano o impediscono le trasformazioni fisiche consentite invece da altre fonti regolative, quali gli strumenti urbanistici *stricto sensu*²². La protezione del paesaggio prevale in somma sulle ragioni e sui diritti dominicali, cioè sulle facoltà che sono normalmente insite nella sfera giuridica del proprietario e che in ipotesi possono essere state anche riconosciute da un piano urbanistico²³.

meramente conformative equivarrebbe infatti alla più o meno lenta scomparsa delle aree di cui ho appena detto, onde le asserzioni reiterate e tautologicamente difensive in cui è costretto ad arroccarsi il diritto giurisprudenziale. Una di queste decisioni è Cons. Stato, sez. II, 6 novembre 2019, n. 7559: «non può invece attribuirsi carattere ablatorio ai vincoli che regolano la proprietà privata al perseguimento di obiettivi di interesse generale, quali il vincolo di inedificabilità, c.d. “di rispetto”, a tutela di una strada esistente, a verde attrezzato, a parco, a zona agricola di pregio, verde, ecc. [...] Il vincolo a verde rappresenta dunque espressione del potere pianificatorio di razionale sistemazione del territorio in zone omogenee, in radice diverso dal potere ablatorio preordinato all'adozione di provvedimenti di espropriazione. Vale quindi il principio, sancito da questo Consiglio, secondo cui la destinazione impressa dall'Amministrazione che venga ad impedire forme di edificazione, per effetto della “valenza ambientale” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 febbraio 2017, n. 821) dell'area interessata, è espressione di potere conformativo che – sussistendone, come è ovvio, i presupposti di fatto – non comporta né espropriazione né *intollerabile compressione del diritto di proprietà corrispondente ad ablazione del medesimo*» (corsivo mio). Resta affermato, ma non chiarito, perché in tali casi lo svuotamento totale del diritto di proprietà resti tollerabile.

La questione, in somma, si sposta tutta – per parafrasare il sintagma di Cons. Stato n. 7559/19 cit. – sulla “sussistenza” (*«quam horribile verbum»*, direbbe Bernardo di Chiaravalle) o meno dei presupposti di fatto. Ma questa è un'indagine piena di aspetti spesso opinabili, dai quali vien fatta tuttavia discendere la natura stessa del vincolo. Che invece si mostra giustificabile solo nei casi in cui la presenza del verde sia davvero incontestabile, come nel caso deciso da TAR Lecce, 14 maggio 2021, n. 718 («una quasi incontaminata naturalità del paesaggio con rilevante presenza di ulivi secolari»).

²² Anche i piani paesaggistici possono avere una componente di base funzionale al governo del territorio: secondo l'art. 135, primo comma, cod. Urbani, affinché «tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti che lo costituiscono, [...] le regioni sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio mediante piani paesaggistici, ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, entrambi di seguito denominati: “piani paesaggistici”».

²³ Il comma 9 dell'art. 143, d.lgs. n. 42/04 cit. stabilisce che «a far data dalla approvazione del piano [paesaggistico: n.d.r.] le relative previsioni e prescrizioni sono immediatamente cogenti e prevalenti sulle previsioni dei piani territoriali ed urbanistici». Ancora, secondo l'art. 145, d.lgs. n. 42/04 le previsioni del p.p.t.r. «sono cogenti per gli strumenti urbanistici dei comuni, [...] sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici».

Ci si potrebbe domandare, sul punto, quale sia la normazione applicabile nel caso in cui sia quella paesaggistica a essere più permissiva. Il principio della *primauté ex art.* 145 induce a ritenere

In sintesi: la sommatoria degli interessi pubblici che il territorio esprime ha sempre generato fattori di contrasto ortogonale con le più egoistiche pressioni private, dunque con trasformazioni fisiche incompatibili con le esigenze di rispetto dei beni paesaggistici, di ordinato e razionale uso dei suoli, *etc.*

Lo scontro si è consumato (e si consuma) su più fronti. Da quello più truce: la commissione dell'illecito *sic et simpliciter*, cioè dell'abuso più o meno grave ed esteso²⁴; a quello più subdolo e strutturato, direi "a copertura istituzionale": quando è lo stesso sistema politico, e quindi il circuito democratico-rappresentativo, a coniare modelli normativi e disegni organizzativi che nei fatti favoriscono istanze private inconfessabili a scapito degli interessi pubblici fondamentali di cui sto parlando.

Non mi riferisco tanto alle vicende dei tre condoni edilizi (1985, 1994, 2003) che hanno legittimato eversioni controriformistiche d'ogni tipo prima di essere fermati dalla Corte costituzionale. Possiamo considerarli, paradossalmente, ferite più o meno puntiformi, per quanto diffuse su tutto il territorio nazionale.

Il tema che a me sembra invece centrale è un altro. Penso alla guerra – combattuta in molte battaglie silenziose – fra una forza catecontica paolino-schmittiana²⁵, che resiste al progresso civile e persevera in una visione estrattivo-di-

comunque prevalente quest'ultima, massime ove si ponga mente al fatto che si tratta di fonte di livello regional-statale, dunque sovracomunale.

In altri termini, il piano paesaggistico approvato ai sensi del codice Urbani può recare previsioni immediatamente cogenti e prevalenti sulle difformi discipline contenute nei piani sottordinati, quali sono appunto quelli urbanistici.

²⁴ V. DE LUCIA, *Urbanistica sostenibile e non sostenibile*, cit., 46: «L'abusivismo è una specialità che condividiamo con il terzo mondo». M. IMMORDINO, *L'urbanistica in Sicilia: le ragioni di una continua crisi*, in *Poteri regionali ed urbanistica comunale*, a cura di E. FERRARI, P.L. PORTALURI, E. STICCHI DAMIANI, Milano, 2005, 123 ss., spec. 131, ne parla con riferimento alla Sicilia: «figlio, da un lato, di una diffusa cultura dell'illegalità e del saccheggio del territorio, dall'altro delle ambiguità e contraddizioni delle istituzioni stesse, sia regionali che comunali, nella gestione dei processi d'urbanizzazione del territorio e di tutela di quegli interessi, come quelli paesaggistico-ambientali, che intersecano la materia». Ma la Sicilia – diceva Sciascia – è una metafora. E «la storia siciliana è tutta una storia di sconfitte: sconfitte della ragione, sconfitte degli uomini ragionevoli» (L. SCIASCIA, *La Sicilia come metafora*, Milano, Mondadori, 1979, 6).

²⁵ M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Milano, 2013, cui adde *Il potere che frena. Saggi di teologia politica in dialogo con Massimo Cacciari*, a cura di T. GAZZOLO e L. MARCHETTONI, in *Jura gentium*, 2015.

Il tema catecontico è stato ripreso poco tempo fa da Sabino Cassese in un dialogo immaginario circa le sorti del Paese. Si confrontano un «ottimista» e un «pessimista». Al primo, Cassese fa dire: «Ma tutti gli ordinamenti moderni hanno forze frenanti o dilazionanti, che corrispondono al concetto biblico, *così bene illustrato* da Paolo di Tarso, del "Katechon", il potere che tiene a freno. Queste arricchiscono la democrazia, rendendola più *mite*, tenendo sotto controllo la tirannide della maggioranza. *Lo stesso può dirsi del pluralismo amministrativo, con le regioni*» (S. CASSESE, *Lo stato della Repubblica*, in *Il Foglio*, 11 maggio 2021: ho aggiunto i corsivi).

Qui Cassese – e neanche troppo fra le righe – mi pare vesta gli abiti del «pessimista».

Nell'*oscurissimo* passo della seconda Lettera ai Tessalonicesi 2, 6-7, Paolo (ammesso che ne

struttiva del rapporto col suolo; e una opposta, desiderosa di creare le condizioni

sia lui l'autore) illustra infatti assai poco, e parla di qualcuno o qualcosa assai poco *mite*: «καὶ νῦν τὸ κατέχων οἴδατε, εἰς τὸ ἀποκαλυφθῆναι αὐτὸν ἐν τῷ ἑαυτοῦ καιρῷ· τὸ γὰρ μυστήριον ἥδη ἐνεργεῖται τῆς ἀνομίας· μόνον ὁ κατέχων ἄρτι ἕως ἐκ μέσου γένηται» («E ora sapete ciò che lo ritiene, affinché sia manifestato a suo tempo. Il mistero dell'empietà infatti è già all'opera, aspettando soltanto che chi lo ritiene al presente sia tolto di mezzo»).

Lasciamo parlare M. CACCIARI, *Il potere*, cit., 12 s.: «Paolo – o chi lo interpreta, o cerca di spiegarne il pensiero, certo da fedele discepolo – ritorna sull'escatologia di *1 Tessalonicesi* per ammonire che il Signore Gesù non verrà prima del compiersi dell'opera del suo Avversario (*Antikeimēnos*). Il suo giorno dovrà essere preceduto dal pieno dispiegarsi della *apostasia* (*discessio*), del *mistero dell'anomia* (*mysterium iniquitatis*) – al mistero che è l'epifania del Cristo segue l'apocalisse, secondo la forza di Satana, dell'Empio, di colui che *finge* di essere Dio e come Dio esige di essere onorato. Il giorno del Signore deve dunque essere *atteso*, attraversando questo tempo di immensa devastazione. La fine è *decisa*. Non c'è *novitas* ancora da scoprire. Ma occorre sopportare con la fermezza del martire l'ultimo assalto dell'antico Drago. È la prova che il Signore impone prima della sua vittoria. Tuttavia, appunto, un'altra potenza sembra operare nello spasmo di questo tempo ultimo, sulla cui durata è vano congetturare – una potenza che raffrena l'apocalisse, il disvelarsi perfetto dell'Empio. Ma quando colui che la incarna sarà tolto di mezzo, allora, nulla restando *fra* l'Avversario e il Signore Gesù, verrà finalmente quest'ultimo a condannare tutti coloro che non hanno creduto alla sua verità. La parola greca è *to katechon*, neutro, nella prima ricorrenza («et nunc quid detineat scitis...»), e *ho katechon*, maschile, nella seconda («qui tenet nunc...»).

In somma, anche Cassese – se non m'inganno – nutre scarse speranze sulle capacità amministrative degli enti rappresentativi, che vede come *immiti* fattori di *rallentamento* del progresso istituzionale italiano.

Ma quelle parole dell'Apostolo, a riprova del loro esser fatte di mistero, divengono anche una chiamata generosa, un vigoroso *Beruf*. Nel 2017 donne e uomini di molti paesi firmano un documento: «*Per un mondo non genocida. Patria di tutti, patria dei poveri* (katechon – *appello a resistere*)». Solo qualche escerto: «[...] continuare a incendiare il clima e a devastare la terra significa ecocidio, cioè scambiare il lucro di oggi con il genocidio di domani; intercettare il popolo dei migranti e dei profughi, fermarlo coi muri e coi cani, respingerlo con navi e uomini armati, discriminarlo secondo che fuga dalla guerra o dalla fame, e toglierlo alla vista così che non esista per gli altri, significa fondare il futuro della civiltà sulla cancellazione dell'altro, che è lo scopo del genocidio. [...] Una tale situazione sembra evocare e rendere di attualità quello che agli albori del cristianesimo l'apostolo Paolo descriveva come “il mistero dell'anomia”, cioè la perdita di ogni legge e la pretesa dell'uomo e del potere “senza legge” di mettersi al di sopra di tutto additando se stesso come Dio. In quella stessa intuizione delle origini cristiane si annunciava però anche un “katechon”, una resistenza, una volontà antagonista che avrebbe trattenuto e raffrenato le forze della distruzione e impedito il trionfo della fine, aprendo la strada alla risoluzione della crisi. Comunque si interpreti questa antica parola, noi avanziamo l'urgenza che dai popoli si esprima una tale resistenza, si eserciti questo freno, come già avvenne nel Novecento quando il movimento della pace in tutto il mondo, interponendosi in modo non violento tra i missili nucleari da un lato e l'umanità votata allo sterminio dall'altro, riuscì a ottenere il ritiro della minaccia e a scongiurare la guerra atomica». Commenta Raniero La Valle: «Si è discusso nel corso dei secoli, da teologi, storici e filosofi se storicamente si fosse manifestato o quale potesse essere nel futuro tale “*Katécom*”, antidoto alla distruzione; qualcuno, autorevole, ed era Carl Schmitt, pensò che fosse stato l'Impero romano, visto come argine alla crisi del sistema antico, molti pensarono a qualcosa che anche oggi si ponesse come “legge e ordine” contro l'anarchia o magari contro quella che all'occhio della destra appare come un eccesso di democrazia e di garantismo. I promotori dell'appello pensavano invece

istituzionali e organizzative che consentano un salto di qualità nel sistema complessivo di protezione del territorio (del paesaggio, dell'ambiente).

Una parte consistente delle istituzioni rappresentative del circuito democratico – principiando da settori trainanti, forse maggioritari, delle forze parlamentari – ha ostacolato e anzi combattuto i processi di produzione e di potenziamento delle normazioni protettive: Calamandrei avrebbe forse parlato di «ostruzionismo della maggioranza»²⁶.

L'ostilità ha, poi, saputo assumere molte forme.

Quella più evidente è di natura omissiva: non legiferare, non assumersi la responsabilità di scelte elettoralmente sgradite. Vecchia storia, che possiamo sintetizzare così: chi tocca il regime giuridico dei suoli, o meglio il caos normativo che ha sfacciatamente premiato le rendite di posizione, muore politicamente.

Si usa sempre fare, a questo proposito, il nome di Fiorentino Sullo. Uomo politico coraggioso, presentò il suo progetto al Parlamento, illustrandolo al Senato il 28 giugno 1962 e in modo più analitico alla Camera il 23 ottobre 1962²⁷. Osò l'inosabile, cioè la riforma urbanistica generale²⁸. Fu subito aggredito

a una resistenza contro lo scatenarsi dell'inequità (il neologismo introdotto da papa Francesco) e per prima cosa indicavano due obiettivi prioritari: il disarmo nucleare e lo *ius migrandi* da adottare e preservare come diritto umano universale, del resto come tale teorizzato già da Francisco De Vitoria all'inizio dell'età moderna» (R. LA VALLE, *Ora si può*, Torino, 2021, 13 s.).

²⁶ P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, Firenze, 1966, 546 ss.

²⁷ Ecco come lui stesso, in quel mattino d'autunno, ne sintetizza in quattro punti il telaio portante: «Tali principi si possono così riassumere: a) procurare la certezza che i compilatori dei piani urbanistici, nell'assolvere a questo delicatissimo compito, abbiano di mira esclusivamente gli interessi pubblici; liberare le autorità amministrative ed i tecnici urbanistici dalle pressioni degli interessi privati settoriali; rendere possibile una pianificazione rapida, efficiente, che sia adeguatamente elastica e possa essere coordinata con le esigenze di sviluppo economico della intera collettività; b) consentire che i comuni ed i soggetti pubblici interessati acquisiscano ad un prezzo equo le aree che siano indispensabili per i servizi pubblici e sociali; liberare cioè i comuni dalla schiavitù rappresentata dagli insostenibili oneri finanziari attuali; la utilizzazione del suolo cittadino condiziona lo sviluppo delle città per secoli e non si può farla perciò dipendere dalle transitorie difficoltà di carattere finanziario delle amministrazioni; c) porre tutti i proprietari, in relazione agli effetti della legislazione urbanistica, su un medesimo piano di parità; impedire che la costruzione della città si traduca per gli uni in un danno per gli altri in un enorme vantaggio; d) semplificare al massimo i servizi urbanistici e contenerne il costo di gestione; uno dei maggiori inconvenienti della attuale situazione, nonché degli istituti del tipo della perequazione dei volumi o della imposizione sulle aree fabbricabili, è rappresentato dalla dispersione degli interventi e dalla complessità dei servizi amministrativi» (ho estratto il brano dal resoconto della seduta antimeridiana della Camera del 23 ottobre 1962, 34870).

²⁸ Paul Ginsborg descrive molto bene – e senza troppi infingimenti – il quadro socio-politico ed economico italiano in quel torno di tempo: «La difficile situazione economica e politica della seconda metà del 1962, d'altro canto, aveva dato luogo a una crescente ondata di panico. I giorni di lavoro persi per sciopero ammontarono, nel 1962, quasi a 182 milioni, contro i 46 milioni del 1960 e i 79 milioni del 1961. Nel luglio 1962 vi erano stati, inoltre, gli scontri di piazza Statuto, della cui

mediaticamente (*Il Borghese* di Mario Tedeschi e Gianna Preda si distinse per violenza verbale) non solo dagli ambienti vicini alla grande proprietà fondiaria, ma anche dalla Chiesa (pare che un prelado – notissimo, altissimo²⁹ – lo apostrofasse «comunistello di sagrestia»). Aldo Moro, all'epoca segretario della Democrazia cristiana – il partito in cui Sullo militava – sconfessò apertamente il disegno di legge con una laconica nota apparsa su *Il Popolo* del 13 aprile 1963³⁰. Quella riforma, come noto, naufragò.

Dicevo delle tante maschere che l'ostilità ha indossato.

responsabilità la Confindustria aveva accusato il governo “filo-operaio”. In alcuni settori produttivi del Nord si manifestava il fenomeno, assolutamente nuovo, di un eccesso della domanda di forza-lavoro, mentre i salari tendevano a oltrepassare i tetti fissati dai contratti nazionali di categoria e mantenevano un ritmo di crescita che cominciava a superare l'aumento della produttività. Le aziende più grandi, ancora sospinte dall'onda lunga del “miracolo economico”, furono capaci di assorbire questi costi maggiori e le difficoltà manifestatesi sul fronte operaio. Le piccole e medie fabbriche, invece, si trovarono presto in difficoltà finanziarie, e non tardarono ad incolpare il governo della loro situazione. Dall'autunno del 1962 in avanti si delinearono con sempre maggiore chiarezza i diversi effetti di una situazione economica così mutata. Poiché gli imprenditori scaricavano sui prezzi gli aumenti salariali concessi e la richiesta di alcuni beni di consumo superava l'offerta, per la prima volta dagli anni '40 l'inflazione divenne un problema significativo. I piccoli e medi industriali, da parte loro, reagirono alla nuova situazione col blocco degli investimenti, sostenendo che non era possibile investire in un momento di simile incertezza economica, con i salari che corrodevano sempre più pesantemente i profitti. Come risposta alla nuova tassa sui dividendi azionari, inoltre, si era accentuato il fenomeno della fuga di capitali all'estero. Gli ex monopoli elettrici, la cui influenza nei circoli finanziari era rimasta immutata, fomentavano il clima di incertezza: la borsa crollò, la fiducia negli affari fu scossa.

Furono queste le circostanze che portarono la Dc a sbarrare la strada alle riforme. I dorotei convinsero rapidamente Moro dei pericoli che avrebbe corso la Dc se non si fosse posto un freno al dinamismo di Fanfani. Inflazione e panico finanziario stavano minacciando seriamente i piccoli e medi risparmiatori, da sempre i più decisi sostenitori della Democrazia cristiana. Troppo grande era dunque il pericolo di alienarsi la loro simpatia, così come quella degli industriali. Nella primavera del 1963 si sarebbero dovute tenere le elezioni politiche: era giunto il momento di darsi una calmata, e fin da subito. Come al solito, Moro mise gli interessi del proprio partito al primo posto e decise di congelare due importantissime riforme che stavano per affrontare l'esame del parlamento. La prima di queste era la tanto attesa istituzione delle Regioni. Il decentramento regionale significava dare più potere ai comunisti nella “cintura rossa” dell'Italia centrale, e la dirigenza democristiana aveva capito che questo non era certo il momento perché si facesse una simile concessione. La seconda riforma riguardava la pianificazione urbanistica, e il modo in cui fu sabotata resta una delle pagine più infelici nella storia politica della Repubblica» (P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi (1943-1988)*, Torino, 1989, 371).

²⁹ Pare anche che costui pregasse il buon Dio di chiamarlo a miglior vita *prima* del Concilio Vaticano II, così da poter morire ancora cattolico.

³⁰ Questa: «In relazione alle polemiche circa lo schema di legislazione urbanistica [...] si fa rilevare che il documento, il quale ha fornito occasione a vari rilievi, è il frutto del lavoro di una Commissione di studio istituita presso il Ministero dei lavori pubblici. Lo schema così formulato è stato inviato direttamente dal ministro competente all'esame del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro prima di sottoporlo all'approvazione del Consiglio dei ministri. Pertanto, per quanto siano apprezzabili alcune disposizioni, è chiaro che nello schema non è in alcun modo impegnata

Ne indico un'altra, forse la più pernicioso. Mi appare come una mistura *implosiva* fatta di molti elementi, imputabili ad altrettante forze politiche. Vi campeggiano ingenuità imperdonabili; ma anche demagogie cui un cinico lasciar fare concede libertà d'azione confidando nell'eterogenesi dei fini.

Tutto questo ravviso nella riforma costituzionale del 2001, cui ho accennato più sopra.

Dopo le prove discutibili che per decenni gli enti territoriali di prossimità avevano dato su tanta parte del nostro Paese nella gestione degli interessi pubblici connessi alla tutela del territorio, del paesaggio e dell'ambiente, ritenerli – di regola e in linea di principio – affidatari di ogni funzione amministrativa (connessa alla rappresentatività territoriale) significava ignorare la desolante realtà purtroppo consolidatasi in un così lungo arco temporale.

Fatta, appunto, di connivenze, di controlli simulati, di provvedimenti amministrativi che – pur mostrando di non avallare interessi pretensivi o disponendo misure repressive – erano strutturati in modo da rendere inevitabile l'annullamento da parte del giudice amministrativo³¹: e quindi adottati più per legittimare meglio l'abuso, che per combatterlo³². Di demolizioni ordinate, ma mai eseguite. Di piani regolatori non adottati, o formati in tempi lunghissimi e dunque nati già morti, inattuabili; scritti peraltro in modo talmente generico da essere disponibili a ogni interpretazione estensiva o restrittiva, a seconda dei casi³³.

Una realtà palese, visibile a chiunque: il famigerato scandalo urbanistico. Ciò nonostante, gli enti territoriali, pur attori non secondari di questo scempio, furono premiati da quella riforma costituzionale, che li promosse a motori primi – almeno in linea di tendenza – di ogni iniziativa amministrativa. Duole immaginare il compiacimento di quegli ambienti – non privi di rappresentanza parlamentare – che hanno da sempre contrastato ogni tentativo di sviluppare una politica del territorio moderna e incisiva.

la responsabilità della Democrazia cristiana. Questo partito, com'è chiaramente detto nel suo programma [elettorale], persegue l'obiettivo di dare la casa in proprietà a tutti gli italiani senza limitazione alcuna nella tradizionale configurazione di questo diritto. Anche nella legislazione urbanistica saranno pienamente rispettati, per quanto riguarda la Dc, i principi costituzionali e i diritti dei cittadini».

³¹ Classico il caso del diniego di titolo abilitativo rilasciato senza prima acquisire il parere della commissione edilizia comunale, apporto consultivo obbligatorio sino alla legislazione di fine anni '90, che – a partire dall'art. 41, l. 27 dicembre 1997 n. 449 (“Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica”) – ne avviò progressivamente la soppressione (sul punto, v. C. SILVESTRO, *Il declino delle commissioni edilizie: organi indispensabili o da sopprimere?*, in *Urb. App.*, 2000, 354 ss.).

³² Chi avesse potuto osservare la prassi coeva di alcune amministrazioni comunali avrebbe infatti notato la tendenza a interpretare il mero annullamento (o addirittura la sospensione cautelare) giurisdizionale del diniego fondato esclusivamente su quel motivo formale come implicito accertamento positivo della spettanza del bene della vita: onde poi il rilascio disinvolto del titolo edilizio abilitativo.

³³ Come i piani di ricostruzione dell'immediato dopoguerra: poco più che macchie di colore sulla tavola del territorio comunale. Risulta peraltro che alcuni Comuni del Molise siano ancora oggi rimasti fermi a questo stadio primordiale della strumentazione urbanistica.

3. *Gli esordi resistiti e già perdenti del disegno normativo: la legge urbanistica del '42*

In realtà, è già l'esordio della legislazione italiana in materia urbanistica (di quella paesaggistica dirò fra poco) a segnare una tendenza – diciamo così – rinunciataria: cioè poco o punto disposta ad avvolgere i processi reali di trasformazione del territorio con una rete normativo-pianificatoria che li ponesse al riparo dalle pulsioni delle istanze iperliberiste (indimenticabile il non remoto *slogan* «padroni in casa propria»).

Mi riferisco alla sfortunata legge urbanistica del 1942. Travagliata nel suo *iter*³⁴, conclusosi solo grazie all'inopinata sopravvivenza politica (ma anzitutto fisica: Mussolini lo inviò a combattere in Albania...) e alla pertinacia del suo mentore, Giuseppe Gorla, ministro dei Lavori pubblici. Il quale – ecco il punto – dovette subire, in cambio dell'approvazione parlamentare, la decapitazione sostanziale del sistema di funzionamento della legge.

E così torniamo al *punctum dolens*. La legge Gorla muove da un presupposto semplice, almeno concettualmente: prima di *costruire* (o comunque modificare il territorio) è necessario *pianificare* gli interventi, inserendoli in una visione organica d'insieme; è esattamente il contrario del “pianificar facendo”, cioè del principiare dal fatto compiuto (debolmente legittimato, a sua volta, da leggi *ad hoc* pensate per “classi” di interventi o addirittura da leggi provvedimento) per poi registrarlo nel piano, che si riduce in questo modo a mera sommatoria e registro notarile di singole realizzazioni progettuali³⁵ e disorganiche.

Già declinato in termini così vaghi, questo principio era sgradito non solo alle aspettative del blocco fondiario ed edilizio, ma spesso anche alle comunità locali. Pianificare gli usi del territorio significa in concreto deciderne le traiettorie di sviluppo per un orizzonte temporale non breve³⁶. Uno sforzo di per sé notevole, che se da un lato non assicura sempre ritorni positivi da un punto di vista socio-economico (potendo risolversi in un ingabbiamento delle dinamiche naturali dei processi reali)³⁷, garantisce però due effetti poco apprezzati dai mutevoli titolari e detentori del supremo interesse elettorale³⁸.

³⁴ Sulle traversie, i compromessi e le mutilazioni che la legge Gorla subì per poter vedere la luce rinvio a P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, 2003.

³⁵ P. URBANI, *Ripensare la città*, cit., 15: «il ripensare la città soffre di una contraddizione poiché non riguarda la città come luogo di convivenza civile ma il progetto che a guardar ben significa “proiettile”, che irrompe sul territorio e non si sa quali danni può creare!».

³⁶ Una bella immagine in P. URBANI, *Ripensare la città*, cit., 6: il piano come «profezia credibile».

³⁷ S'incontra qui uno slogan saggio, di segno opposto al precedente: «meglio il peggior piano che nessun piano».

³⁸ Perfetta la posizione di M. IMMORDINO, *Abusivismo edilizio e interesse paesaggistico-archeologico nella regione siciliana*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, a cura di E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO, Milano, 2001, 421 ss., spec. 423, quando condanna la «sottovalutazione dell'interesse

Il primo. Fare scelte nette, interne alla logica – grossolanamente binaria – dell’alternativa circa l’edificabilità o meno dei suoli presi in considerazione dallo strumento urbanistico³⁹: un modo pressoché infallibile per creare sacche di malcontento, pronte poi a implacabili ritorsioni in occasione del voto.

Secondo effetto. Consumare il potere discrezionale non nella valutazione della singola iniziativa edilizia e urbanistica, cioè caso per caso, ma una volta per tutte nell’articolazione organica del sistema-piano. In questo modo, gli ambiti – concussivi, corruttivi o comunque di *mala gestio* – che interessano il rilascio degli atti di assenso ne escono ristretti, conseguenza poco gradita sia ai relativi custodi, sia ai potenziali “fruttori” di un tal modello mercimoniale. Ogni piano, infatti, irrigidisce l’intero processo di trascrizione in termini giuridici delle istanze socio-economiche che urgono per generare trasformazioni territoriali più o meno rilevanti, condizionandone la percorribilità a una verifica di conformità con le proprie prescrizioni.

Declinato a questo livello di generalità e astrattezza, il principio generale di pianificazione lascia ancora aperte molte possibilità di scelta. In particolare, quella relativa alla “misura ottimale”: come ci hanno insegnato gli urbanisti, una pianificazione efficiente deve risolvere anzitutto la questione della giusta scala spazio-temporale, cioè della dimensione territoriale da prendere in considerazione per sovrapporvi razionalmente il disegno complessivo e articolato delle previsioni che si intendono realizzare nell’arco cronologico dato.

Per esempio le idee di Gorla, come tutti sanno, s’ispiravano al sistema della pianificazione “a cannocchiale” o “a cascata”, cioè della pluralità dei livelli di piano (per la prima volta sperimentata sul campo, sia pure nella sola scansione infracomunale fra piano generale e piano particolareggiato, nell’esperienza del p.r.g. di Roma del 1931).

Gorla era ben consapevole che un tal processo discendente richiede un punto di partenza “alto”, cioè di area vasta, anche perché meno esposto ai nefasti condizionamenti prossimalisti: il suo schema normativo attribuiva infatti il compito di avviare il sistema al piano territoriale *sovracomunale*. A uno strumento-fonte, cioè, gerarchicamente superiore rispetto a quelli che connotano le fasi successive, poiché coordina le localizzazioni e le funzioni su uno scenario più ampio e dunque meno angusto di quello comunale.

Le resistenze a individuare nel piano territoriale «la scaturigine della famosa cascata»⁴⁰ furono però molto forti⁴¹, tanto da mettere in dubbio l’approvazione

paesaggistico-archeologico rispetto ad altri interessi, in via di principio, preminenti soprattutto per la loro diretta influenza su quell’interesse che rappresenta, almeno per certa classe politica, un valore assoluto: l’interesse elettorale».

³⁹ Cioè tutte le aree comunali; scelta solo parzialmente temperata, peraltro, dalle tecniche perequative.

⁴⁰ Così V. MAZZARELLI, *L’urbanistica e la pianificazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, III, S. CASSESE, Milano, 2000, 2535 ss., spec. 2553.

⁴¹ Primeggiarono, ancora una volta, le istanze fondiarie e imprenditoriali, desiderose di aver mano libera nella gestione dei suoli.

stessa della legge. Il compromesso si trovò elidendo l'obbligatorietà del livello apicale: un'afèresi assai grave, che snaturò completamente il disegno normativo. I piani territoriali furono infatti previsti come meramente facoltativi, cioè – in pratica – come sostanzialmente inutili.

I Comuni, che nella visione di Gorla erano poco più che enti “attuatori” delle scelte di piano racchiuse nello strumento territoriale, si trovarono così al centro della scena urbanistica pur essendo monadi decisorie e autoregolarie prive di raccordi *orizzontali* (e soggette solo al controllo *verticale* del Ministero dei Lavori pubblici).

4. *La legge ponte e un mistero italiano: l'anno di moratoria*

Nei primi anni del duro dopoguerra italiano la previsione – già di per sé facoltativa – di un piano di grado sovracomunale rimase ovviamente inattuata, costringendo il sistema di pianificazione per livelli a una torsione strutturale e funzionale che ne ha ben presto deformato radicalmente i tratti costitutivi, innescando una serie assai notevole di problematiche ancora oggi non ben definite. Questo vizio, contestuale alla nascita stessa della normazione del '42, genera buona parte delle criticità esistenti fra livello comunale e livello sovracomunale e ostacola – quel che più conta ai nostri fini – una cultura della pianificazione sganciata dalla scala degli asfittici condizionamenti prossimalisti.

Il blocco fondiario-edilizio, insieme causa ed effetto della tumultuosa ripresa economica, procede indisturbato nella compromissione del territorio, rendendo di fatto facoltativa – dunque inesistente – persino la pianificazione di livello *comunale*.

Solo i funesti fatti agrigentini e fiorentini danno la sveglia e conducono al Giano della legge ponte del 1967. Il cui meccanismo di attacco – è storia nota – consisteva nell'inibire di fatto l'attività del blocco edilizio, per principio ostile alla pianificazione, sino a quando i Comuni non si fossero finalmente decisi a dotarsi di uno strumento urbanistico generale: i suoli ricadenti in municipi sprovvisti di p.r.g. o di programma di fabbricazione subivano infatti pesanti limitazioni nel *ius aedificandi*. Solo a seguito della formazione del proprio piano il Comune sarebbe uscito da questa situazione, ma conformandosi questa volta ai limiti di cui a *standard* generali poi precisati nel glorioso d.m. n. 1444 del 2 aprile 1968.

Il disegno era chiaro, e quella lezione è ancora attuale (come dirò alla fine): occorre volgere a vantaggio del processo di pianificazione la pressione esercitata sul territorio dalla proprietà fondiaria, bloccandone di fatto le più grifagne aspirazioni edificatorie e dunque costringendo i Comuni – per uscire dalla paralisi edilizia – ad adottare rapidamente gli strumenti generali.

Sotto accusa, esplicita e diretta, era dunque la gestione del territorio da parte delle municipalità: o inadempienti rispetto all'obbligo di dotarsi di uno

strumento generale; ovvero – nei rari casi di ottemperanza – mosse troppo spesso da un intento elusivo degli scopi reali del processo di piano, fine perpetrato sia mediante l'indiscriminato assoggettamento del suolo a insostenibili (e inutili) carichi urbanistici, sia attraverso la sistematica marginalizzazione – quantitativa e funzionale – delle aree destinate ai servizi per la residenza.

Carlo Odorisio, rappresentante dell'ANCE all'interno del Consiglio superiore dei Lavori pubblici dove si svolge nel 1968 la discussione sui contenuti del ricordato decreto sugli *standard*, ricorda: «la finalità della “legge ponte” fu quella di far compiere al Paese un vero salto di qualità nella gestione urbanistica attraverso una grande promozione dei p.r.g., ma in un clima di sostanziale sfiducia nei confronti degli enti locali. [...] È facile quindi comprendere il significato che ebbe allora il decreto sugli standard e anche i modi della sua formulazione: uno strumento semplice, con delle regole generalizzate che potessero garantire almeno alcuni elementi di base per una corretta redazione degli strumenti urbanistici, nella convinzione che non ci si potesse fidare più di tanto degli enti locali»⁴².

Che si trattasse di una reazione energica e decisa agli eccessi nella *mala gestio* del territorio italiano lo dimostrano le forti resistenze che il disegno di legge incontrò nel dibattito parlamentare. All'esito del quale – per il dichiarato fine di evitare che dall'impatto immediato della nuova normativa derivasse per l'edilizia un contraccolpo insostenibile – fu inserita quella norma d'incerta paternità, ma di certa scelleratezza, che differiva l'applicabilità delle nuove disposizioni al 1° settembre 1968.

Iniziarono in tal modo quei tristemente noti dodici mesi chiamati «anno di moratoria», durante i quali – ci rammenta amaramente Edoardo Salzano – «l'Italia è inondata di licenze. [...] Sono stati accertati infiniti casi di licenze edilizie che, in data 31 agosto, sono state presentate al comune per l'approvazione, “istruite” dagli uffici tecnici comunali, esaminate e approvate dalla Sovrintendenza ai monumenti e dal Genio civile, discusse in commissione edilizia e firmate dal sindaco»⁴³.

⁴² C. ODORISIO, *Il dibattito del '68 e il bilancio attuale*, in *Urbanistica Dossier*, 1999, n. 21, 7.

V. anche E. SALZANO, *Memorie di un urbanista. L'Italia che ho vissuto*, Venezia, 2010, 54: «Al di là delle motivazioni sociali, al di là della tecnica e delle buone pratiche, la discussione andava al sodo: quali fossero i minimi di spazi pubblici da riservare nei piani. I due poli del confronto erano rappresentati da una parte dai parlamentari del PCI, rappresentati in quella sede da Alberto Todros, noto urbanista piemontese e amministratore comunale, sopravvissuto al campo di concentramento di Mauthausen, e dall'altra parte dagli esponenti delle imprese di costruzione, rappresentati da Carlo Odorisio, un imprenditore che più tardi seppe lavorare concretamente per un ruolo moderno del settore, orientando l'attività delle aziende alla formazione di profitto industriale anziché all'appropriazione della rendita fondiaria. Allora lo scontro si concluse sulla cifra di 18 metri quadrati per abitante di “spazi pubblici e di uso pubblico”: meno di quanto si praticasse nei comuni evoluti delle amministrazioni di sinistra, ma molto più di quanto si prevedesse nella pianificazione della maggior parte dei comuni nelle altre regioni».

⁴³ E. SALZANO, *Fondamenti di urbanistica*, Roma-Bari, 2002, 128.

E Pier Luigi Cervellati: «una tipica legge all'italiana, *double face*. Innovatrice (propone e impone finalmente gli standard urbanistici) e reazionaria, perché ha consentito in un anno (il 1968, il cosiddetto anno di moratoria), di incrementare di 5 volte le cubature progettate negli anni precedenti, gli anni del *boom* edilizio»⁴⁴.

Si noti: la legge ponte non riuscì mai ad approdare in Aula. La decisione di inserire l'anno di moratoria non fu presa nemmeno in seno alla IX Commissione della Camera (che istruì il provvedimento: il Senato vi ebbe un ruolo secondario), ma da un Comitato ristretto che operò al suo interno senza verbalizzare i propri lavori.

5. *La «raffica regionalista» del d.P.R. n. 616/'77*

La stagione razionalista degli anni '60 e '70 non mutò, in definitiva, la prospettiva di fondo. La standardizzazione delle funzioni dell'abitare, dell'*esistenza minimum*, introdussero un fattore dimensionale nella misura di ogni attività sul territorio, che restò comunque centrata sulla logica dell'espansione urbana.

Nel 1977 il canto del cigno: la legge Bucalossi sarà l'ultimo tentativo organico di gestire in modo iper-regolato le trasformazioni territoriali, prima di essere fermato dalla Consulta nel 1980 («...il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà...»). La «via urbanistica» alla civiltà del territorio termina qui: un sentiero interrotto che il coevo decreto n. 616 sulla seconda regionalizzazione non riuscirà certo a riaprire. O non vorrà⁴⁵. Dietro le note e magniloquenti

⁴⁴ PL. CERVELLATI, *Rendita urbana e territorio*, in V. CASTRONOVO (a cura di), *L'Italia contemporanea 1945-1975*, Torino, 1976, 358.

⁴⁵ E qui si deve ricordare il capolavoro di sarcasmo amaro scritto da Giannini, già presidente della commissione nominata dal Ministro per gli affari regionali Mario Toros al fine di studiare le modalità attuative della l. n. 382/'75. Mi riferisco ovviamente al suo *Del lavar la testa all'asino*, prefazione ad *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della legge 382*, a cura di A. BARBERA, F. BASSANINI, Bologna, 1979, 7 ss. (ora in ID., *Scritti 1977-1983*, Milano, 2005, 419 ss., da cui citerò).

Giannini vi critica il disegno regionalista voluto dal Costituente, definendolo «malamente [...] congegnato», «miope e provinciale» (entrambi i complimenti sono a p. 419); come pure «raro esempio d'insipienza legislativa» (420). Né il Maestro è molto più mite nei confronti della legge delegata n. 616/'77, da lui amorevolmente ritenuta «carica di sgorbi, politici e giuridici» (419).

Ma a questi giudizi Giannini perviene per due ragioni diverse: la prima è di oggettiva fondatezza; circa la seconda, mi permetto invece – *si licet* – di sistemarmi sul versante opposto.

La prima ragione. Che l'armatura costituzionale in tema di riparto delle attribuzioni prescindesse purtroppo dal metodo della previa analisi funzionale era limite già noto, cui non ha posto certo rimedio la riforma del 2001. Fu proprio questa – ricorda ancora Giannini – la metodologia seguita invece con fatica dalla sua commissione, poiché «le strutture sono al servizio delle collettività e non dei prebendari che le dirigono» (425): sforzo in buona parte vanificato quando si trattò di trascrivere nel diritto positivo le conclusioni della *Relazione* 20 dicembre 1976 che ne compendia i lavori (da lui stesso peraltro definita «provocatoria» a motivo della moltitudine di poltrone che sarebbero uscite soppresse: 425 s.). Il contenuto del d.P.R. n. 616/'77, in somma, dimostra «che

declaratorie che vi si leggono – «Le funzioni amministrative relative alla materia “urbanistica” concernono la disciplina dell’uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell’ambiente» – si cela un disegno eufemisticamente poco limpido (o – nella più benevola delle interpretazioni – abbastanza sprovveduto).

Il paesaggio resta infatti fuori da quel quadro lemmatico e definitorio: e con esso, lo Stato. Anzi, questa visione panurbanistica legittima lessicalmente pericolose incursioni regionaliste in campi riservati alla competenza centrale: «salvaguardia [...] del suolo» e «protezione dell’ambiente» sono infatti sintagmi (e ambiti) connotati da ambiguità notevole. Nel decreto n. 616 il prossimalismo raggiunge una vetta importante con la delega alle Regioni delle «funzioni amministrative esercitate dagli organi centrali e periferici dello Stato per la protezione delle bellezze naturali per quanto attiene alla loro individuazione, alla loro tutela e alle relative sanzioni» (art. 82). Lo scopo dissimulato è sottrarre allo Stato la tutela del paesaggio senza incorrere in una palese incostituzionalità per violazione dell’art. 9. Al fine di aggirare l’ostacolo si usano due astuzie nominalistiche: quelle funzioni non sono *trasferite*, ma “solo” *delegate* alle Regioni; non si parla di *paesaggio*, ma di *bellezze naturali*.

Nella sostanza il risultato negativo è raggiunto: proprio quello temuto da Concetto Marchesi in sede costituente, quando si batté vittoriosamente per inserire nella Carta la tutela del paesaggio. Il grande latinista aveva un giusto e profetico terrore: chiamava «raffica regionalista» (io direi *lato sensu* prossimalista) quella che avrebbe certamente disgregato un tessuto normativo statale di tutela e quindi gli obiettivi stessi cui esso dev’esser preordinato. Non si sbagliava.

E tramonta così anche un’altra giornata, quella dell’urbanistica come questione politica di rilievo *nazionale e statale*.

È l’ora – malinconica e crepuscolare – di giocare soltanto in difesa. Il tempo di Giuseppe Galasso.

da parte del Governo si è avuto un pieno ripudio del criterio dell’analisi delle funzioni», aggravato poi – ecco un’altra gemma – «dal mercato nero che si aprì al finale» (entrambi i passi a 428).

Il secondo ordine di critiche mosse da Giannini all’impianto costituzionale del sistema regionale è riassumibile in pochissime parole: nel non aver prescelto «la figura organizzatoria dell’autogoverno» (419); a nulla valendo, sempre a suo avviso, l’obiezione secondo cui ciò avrebbe comportato la soppressione dei prefetti: «quasi che – egli replica – comunque si istituissero le regioni, in ogni caso le prefetture non si sarebbero ridotte a costosi comunicati» (419 s.). Questo mio minuscolo contributo, al contrario, vorrebbe dimostrare i pericoli insiti in un modello siffatto.

6. *L'ultima difesa: la legge Galasso*

Siamo, come tutti sanno, nel 1985. La legge eponima appartiene anzitutto al novero delle normazioni d'urgenza, tipiche di un Paese che non sa (o non vuole) governarsi prevenendo – o almeno cercando di contenere – i processi reali capaci di incidere nel più negativo dei modi nei confronti dei propri beni comuni. Ma è anche – o forse proprio per questo – una legge distante dalla realtà, almeno nella sua parte propositiva. Intendiamoci: una distanza generosa e antivedente. Anch'essa – come (in parte) la nostra Costituzione, come le sagge posizioni di Marchesi – è lucidamente antiprossimalista. Il vincolo paesaggistico apposto *ex lege* per categorie e non su beni puntuali non è altro che un recupero di ragionevolezza, di sana uniformità centralista a fronte della fallimentare attribuzione alle Regioni della delicata funzione di «individuazione delle bellezze naturali». Regioni che non per questo la legge esclude dal perimetro degli enti chiamati alla tutela paesaggistica. Al contrario, è (ingenuamente, direi) affidato loro un ultimo tentativo di ricomporre l'improvvida e innaturale frattura tra urbanistica, paesaggio (e ambiente) consegnataci dalla Carta: sottoporre «a specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il relativo territorio mediante la redazione di piani paesistici o di piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali, da approvarsi entro il 31 dicembre 1986».

Torna così il sogno – nostalgico e impossibile – della *reductio ad unum* che da sempre sostiene Settis⁴⁶. Pianificazione territoriale (cioè sovracomunale), tutela

⁴⁶ In realtà – nota esattamente Settis – la scissione fra paesaggio e urbanistica deriva direttamente dall'impianto costituzionale. La normazione successiva – costituzionale e ordinaria – ha solo aggravato il problema: «L'ordinamento regionale, decollato nei primi anni Settanta, suscitò molte speranze: si credette che paesaggio e territorio potessero esser meglio tutelati dalle istituzioni a essi più vicine: che, cioè, la Regione potesse tutelare meglio dello Stato, il Comune meglio della Regione. Quarant'anni dopo, si può dire che l'esperienza ha dimostrato il contrario, dando ragione ai peggiori timori di Bianchi Bandinelli: quasi sempre i Comuni, per assenza di competenze appropriate o per basse manovre elettorlistiche, usano il loro territorio in modo improprio, sforzandosi anzi di conquistare il massimo spazio di gestione autonoma delle procedure autorizzative, onde evitare le strettoie delle norme di tutela. Nonostante ciò, l'infelice riforma del Titolo V della Costituzione (2001) ha accresciuto le competenze delle Regioni, di fatto subdelegate ai Comuni, alimentando la spinta centrifuga con la retorica del federalismo. Questa deriva si è accentuata con la legge Bassanini (L. 50/1999) che autorizza i Comuni a dirottare sulla spesa ordinaria gli introiti da oneri di urbanizzazione. Convergenndo con il progressivo taglio dei finanziamenti statali ai Comuni, questa norma ha spinto le amministrazioni locali a svendere il proprio territorio, spesso prestandosi a manovre speculative, pur di avere in cassa soldi da spendere. Il paesaggio e le città, corpo "vivo della nostra memoria storica e della nostra identità, sono diventati merce di scambio, materia bruta da sfruttare come una miniera, sviscerandone ogni zolla. È proprio sul divorzio fra tutela del paesaggio e urbanistica che si sono innestati questi e altri fattori di disgregazione. In una sedimentazione normativa di corto orizzonte, si sono anzi moltiplicate le competenze, intrecciando le procedure autorizzative e mettendole in competizione tra loro» (S. SETTIS, «A titolo di sovranità». *Cittadinanza, paesaggio, tutela*, in AA.VV., *Costituzione incompiuta. Arte, paesaggio, ambiente*, Torino, 2019, 105 s.).

del paesaggio e regolazione urbanistica si fonderebbero finalmente in un solo strumento, invero l'obiettivo dell'«un territorio, un piano».

Tutto questo, ancora, sarebbe stato da farsi in meno di un anno e mezzo, pena l'intervento sostitutivo ministeriale.

Il nulla di fatto pianificatorio era scontato. Ma almeno le «aree Galasso» furono protette da un vincolo di non trasformabilità ampio e diffuso, che resistette al prevedibile attacco delle Regioni, le quali lo sferrarono denunciando l'incostituzionalità del modello. Infruttuosamente, per fortuna.

Con una storica sentenza del 1986 (la n. 151) la Corte riconobbe infatti il cambio di paradigma portato, rispetto alla legge Bottai del 1939, dalla legge Galasso: la quale «introduce una tutela del paesaggio improntata a integralità e globalità, vale a dire implicante una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce e in attuazione del valore estetico-culturale. Una tutela così concepita è aderente al precetto dell'art. 9 Cost., il quale, secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento, assume il detto valore come primario (cfr. sentenze di questa Corte n. 94 del 1985 e n. 359 del 1985), cioè come insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro»⁴⁷.

Norme – prosegue la Corte – il cui «carattere di grande riforma economico-sociale è del tutto evidente nella nuova concezione della tutela paesaggistica», e la cui primarietà «impedisce di subordinare l'interesse estetico-culturale a qualsiasi altro, ivi compresi quelli economici, nelle valutazioni concernenti i reciproci rapporti»⁴⁸. Proprio il vincolo imposto non puntualmente, ma per categorie di beni protetti, è ritenuto dalla Consulta il manifesto, l'«immediata espressione della nuova concezione della tutela paesaggistica e prima attuazione della tutela stessa come innovativamente concepita».

⁴⁷ M. IMMORDINO, «Primarietà» ed «essenzialità» del valore paesaggistico e conseguente assetto delle competenze Stato-Regioni, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 23 ss.: «[...] la legge 431 ha chiaramente una funzione di conservazione, di freno dell'attuale processo di trasformazione-urbanizzazione selvaggia del territorio, e quindi di limite esterno allo sviluppo edilizio o urbano. E l'espresso richiamo all'art. 82 del d.P.R. 616 mostra con chiarezza la volontà del legislatore di ridisegnare, ridimensionandola, la delega alle Regioni delle funzioni in materia di tutela del paesaggio, con un consistente recupero di funzioni in capo allo Stato» (32).

⁴⁸ E. SALZANO, *Diritto alla città. Significato, motivi e contesto di un antico slogan. Sintomi e ragioni della sua rinascita*, in *www.eddyburg.it*, riconduce giustamente alla l. n. 431/'85 e alla l. n. 183/'89 sulla difesa del suolo l'affermazione del «principio, implicito in queste ultime due leggi, secondo il quale la definizione normativa delle condizioni necessarie per garantire l'integrità fisica e l'identità culturale del territorio devono avere la priorità sulle scelte di trasformazione, quindi sui piani urbanistici e sulle pratiche edilizie. Principio che fu da subito disatteso e contraddetto».

7. *Regionalismi urbanistici e nuove insidie prossimaliste: la risposta della Consulta*

Veniamo a oggi. Le pulsioni prossimaliste sono vive ed energiche, ma non si può dire che la partita sia persa, che l'assetto ordinamentale sia definitivamente sbilanciato a loro favore.

L'urbanistica è sì divenuta irreversibilmente regionale: questo significa, se non m'inganno, rassegnarsi al fatto che la civiltà giuridica del territorio trascriva con fedeltà l'assai disomogeneo livello di sensibilità espresso dalle collettività regionali nell'identificare i valori fondativi comuni e nel selezionare poi i rappresentanti politici.

Il tema di un'urbanistica statale non è più sentito come primaziale. Più volte audito innanzi alle Commissioni affari costituzionali di Camera e Senato durante l'*iter* di approvazione della riforma c.d. Renzi-Boschi, proposi di indicare nell'art. 117 Cost. almeno i principali fra gli «oggetti» di cui una nuova (e agognata) legge urbanistica statale avrebbe dovuto occuparsi. Inutilmente, com'è ovvio⁴⁹.

⁴⁹ G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, Genova, 1973, 86: «La Costituzione italiana, a differenza della Costituzione di Weimar, non ha incluso tra i limiti della proprietà fondiaria (di cui all'art. 44) quelli in relazione all'insediamento urbano, all'urbanistica in generale, al "problema della casa". Quantunque il problema della casa fosse vivissimo nell'immediato dopoguerra, esso, per mancanza di prospettiva, veniva inteso come problema della ricostruzione, come problema dell'utilizzazione delle abitazioni esistenti, come problema dei canoni di locazione, come problema di blocco delle locazioni. I nessi intercorrenti tra disciplina urbanistica, ricostruzione, problema della casa, non erano assolutamente presenti al legislatore costituente, ed è probabilmente perciò che i limiti della proprietà terriera ebbero nella Costituzione un articolo apposito (il 44) mentre i limiti della proprietà urbana non ne ebbero alcuno».

L'art. 153 della *Weimarer Reichsverfassung*, infatti, da un lato si limitava a stabilire che «Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen» («La proprietà è garantita dalla costituzione. Il suo contenuto e i suoi limiti sono fissati dalla legge»): accogliendo così una visione *minimale* della funzione sociale, simile a quella espressa dall'art. 42 della nostra Carta, che la circoscrive alla riserva di legge circa la determinazione dei modi di acquisto, di godimento e di limitazione della proprietà; ma dall'altro lato si apriva a traiettorie coraggiosamente aperte verso il futuro, affermando che «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste» («La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune»).

Per cui il successivo art. 155 si rivolgeva anche alla proprietà fondiaria, non esitando a sancire che «Die Verteilung und Nutzung des Bodens wird von Staats wegen in einer Weise überwacht, die Mißbrauch verhütet und dem Ziele zustrebt, jedem Deutschen eine gesunde Wohnung und allen deutschen Familien, besonders den kinderreichen, eine ihren Bedürfnissen entsprechende Wohn- und Wirtschaftsheimstätte zu sichern. [...] Grundbesitz, dessen Erwerb zur Befriedigung des Wohnungsbedürfnisses, zur Forderung der Siedlung [...] nötig ist, kann enteignet werden. [...] Die Wertsteigerung des Bodens, die ohne eine Arbeits- oder eine Kapitalaufwendung auf das Grundstück entsteht, ist für die Gesamtheit nutzbar zu machen» («La ripartizione e utilizzazione dei suoli sono controllate con lo scopo di impedire gli abusi e di assicurare a ogni tedesco un'abitazione sana, e a tutte le famiglie tedesche, specie a quelle numerose, una casa ed un patrimonio familiare corrispondenti ai loro bisogni. [...] Le proprietà fondiarie possono essere espropriate quando ciò sia reso necessario per soddisfare il bisogno di abitazione o per promuovere la doman-

Sul versante paesaggistico, poi, non sono mancati tentativi di scardinare addirittura il cruciale principio di copianificazione fra Stato e Regione, previsto oggi dal codice del paesaggio per la formazione del piano paesaggistico. Ma sono stati fermati dalla provvida sentenza della Consulta 17 novembre 2020, n. 240 (rel. Daria De Pretis), la quale ha annullato il piano territoriale paesistico laziale: «è l'impronta unitaria della pianificazione paesaggistica – ci ha detto la Corte – che è assunta a valore imprescindibile, non derogabile dal legislatore regionale in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale: il paesaggio va, cioè, rispettato come valore primario, attraverso un indirizzo unitario che superi la pluralità degli interventi delle amministrazioni locali».

Se vogliamo resistere al pessimismo, qualche segnale positivo possiamo tuttavia trovarlo. Mi limito a segnalare i sei piani paesaggistici che hanno faticosamente raggiunto il traguardo: Sardegna (2006), Puglia (2015), Toscana (2015), Piemonte (2017), Friuli-Venezia Giulia (2018), Lazio (2021). Ancora troppo pochi, ma almeno la tendenza è incoraggiante.

da insediativa [...]. L'aumento di valore dei suoli, che non derivi da un impiego di lavoro o di capitali sulla terra, deve essere rivolto a vantaggio della collettività»).

Ma guardare al futuro non servi a superare le lacerazioni di quel presente. Come ci ricorda in modo molto chiaro P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *AIC*, 2014, n. 2, 1 ss., spec. 20 s. (ora anche ID., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2021, 64): «l'art. 153 della Costituzione di Weimar [...] esprimeva in modo esemplare la tensione fra la protezione costituzionale della proprietà e gli spazi rimessi al potere di conformazione del legislatore ordinario. Tale tensione, sullo sfondo della quale si stagliavano i contrasti radicali fra spinte di rivoluzione sociale e resistenze conservatrici, presenti nell'opinione pubblica tedesca, sfociò nella ricostruzione della proprietà come "garanzia di istituto". Ciò rappresentò una soluzione dogmatica di compromesso che esprimeva la coesistenza, nel riconoscimento costituzionale della proprietà, di una garanzia di stabilità del diritto (*Bestandgarantie*), che assiste la posizione del proprietario, con la salvaguardia delle esigenze collegate all'esercizio di poteri autoritativi incidenti sui diritti patrimoniali, nella quale consiste, a ben vedere, il peculiare connotato ordinamentale, o di diritto oggettivo, della "garanzia di istituto" (*Einrichtungsgarantie*): sicché il riconoscimento costituzionale della proprietà comportava, da un lato, un tradizionale diritto soggettivo di "difesa" (*Abwehrrecht*) da intromissioni illegali nella proprietà privata, e dall'altro la protezione dell'"istituto giuridico-proprietà", così come esso si era venuto strutturando attraverso un'evoluzione risalente nel tempo, dall'eliminazione, dallo svuotamento o dallo snaturamento per opera delle maggioranze legislative. Questo impianto ricostruttivo, che attraverso la garanzia d'istituto si proponeva di sciogliere la tensione fra diritto individuale ed esigenze di natura collettiva, rifletteva peraltro, come s'è detto, un quadro politico solcato da contrapposizioni radicali sulla questione proprietaria, come quelle che separavano l'estrema sinistra e gli eredi degli *Junker* dopo la caduta del *Reich* guglielmino».

L'importanza dell'art. 153 come fonte ispiratrice di (più esitanti, ribadisco) Costituzioni successive, inclusa quella italiana, è ricordata anche da S. SETTIS, *Architettura e democrazia. Paesaggio, città, diritti civili*, Torino, 2017, 153 s., il quale giustamente precisa che «il diritto alla città, se esige la limitazione del diritto di proprietà privata, non si traduce in rivendicazione proprietaria né in utopia millenaristicamente egualitaria. Esprime, piuttosto, l'aspirazione delle comunità a condividere quella ricchezza collettiva che è fatta di edifici, di monumenti, di attività lavorative, ma anche e soprattutto delle conoscenze e delle potenzialità dei cittadini».

8. *Amministrazioni consensuali e non: un dialogo difficile per una riforma (sinora) irraggiungibile*

Distogliamo lo sguardo dai temi del paesaggio, e torniamo al nodo iniziale.

Da una parte vi sono figure soggettive pubbliche che possiamo definire amministrazioni “consensuali”. Rappresentano collettività, popolazioni. Territori. Per governare, devono ottenere e mantenere il consenso dei cittadini. Il Comune e la Regione (tralasciamo le Città metropolitane e le malridotte Province) ne sono l'esempio classico. Il loro modo di gestire l'interesse pubblico è fortemente condizionato da questo aspetto.

Mi avvalgo di un esempio: uno stabilimento balneare gestito in difformità dalle norme regolative contenute nella concessione demaniale che prevede la rimozione stagionale della struttura al fine di consentire il pieno godimento estetico del paesaggio costiero. In astratto, la reazione del Comune dovrebbe essere immediata. Ma così non è (o almeno non sempre). Il Comune potrebbe infatti essere indotto a “mediare” la prescrizione sullo smontaggio con l'esigenza di non aggravare con costi ulteriori il bilancio di un'impresa che dà lavoro, crea indotto economico e così via. Questa delicata mediazione il giurista – con la sua consueta ipocrisia di linguaggio⁵⁰ – la definisce «contemperamento di interessi». L'esito può essere il più variopinto.

Accanto alle prime, sullo stesso territorio operano amministrazioni *non* consensuali. Come il Prefetto, le Soprintendenze per i beni paesaggistici. O le Capitanerie di Porto. Figure non certo rette da personale politico elettivo, quindi assai meno o per nulla soggette a “cattura” da parte degli interessi territoriali, nobili o ignobili che siano. L'angolo visuale di osservazione della stessa vicenda amministrativa, quindi, differisce molto da quello prescelto da un Sindaco. Con un'immagine molto efficace di Giuseppe Severini, possiamo dire che un'amministrazione di tutela si deve muovere unidirezionalmente, «come lungo una monorotaia, dove una volta rilevata la situazione in fatto deve contenersi a calibrare – in base a regole e cognizioni di scienze e arti – l'intensità e l'adeguatezza delle misure da assumere per intervenire in congrua cura dell'interesse affidatole. Non può cioè uscire dalla monorotaia, deve valutare in concreto dove sensatamente arrivarvi per evitare che l'interesse affidatole sia compromesso o messo in pericolo. È fuori dal compito degli organi tecnici la comparazione e valutazione, diretta o indiretta – vale a dire, la commisurazione – con altri interessi, pubblici o privati»⁵¹.

Così lo scontro è inevitabile. Non è sempre – lo chiarisco subito – un duello

⁵⁰ La stessa per cui aree devastate dall'abusivismo sono delicatamente definite come «inficcate da edilizia spontanea».

⁵¹ G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Patrimonio culturale e discrezionalità degli organi di tutela*, in *Aedon*, 2016.

fra buoni e cattivi, pur esibendone fin troppo i tratti e le movenze. Di certe colidono due logiche di azione pubblica strutturalmente diverse.

Le ricorda Salvatore Settis⁵² riportando la lettera che uno dei “Costituenti ombra”⁵³, Ranuccio Bianchi Bandinelli, scrisse a Ruggero Grieco (membro della Costituente) e che fu pubblicata in prima pagina su *l'Unità* del 15 gennaio 1947. Bianchi Bandinelli temeva infatti l'attribuzione alle Regione della potestà legislativa in materia urbanistica e di tutela del patrimonio artistico: «Se questa disposizione dovesse essere approvata dalla Costituente, ciò equivarrebbe alla rovina rapidissima e irreparabile del nostro patrimonio artistico, che non ha per noi solo un valore morale, storico, ma un altissimo valore economico [...]. Tre quarti del lavoro che si compie alla Direzione generale delle Antichità e Belle Arti è costituito da una lotta continua contro infrazioni alle leggi (ahimè, non sempre abbastanza efficaci) di tutela dei monumenti e del paesaggio, perpetrate, o che si tenta di perpetrare, dagli enti locali, sia per ignoranza sia per connivenza con interessi particolari [...]. Casi di abusive costruzioni, di abusive vendite, di abusive demolizioni, da parte di Comuni o di privati, o progetti insensati che le propongono, e contro le quali i nostri uffici regionali di Soprintendenza, spesso impotenti a resistere da soli alle pressioni degli interessi locali, ricorrono al Ministero e al Consiglio [...]».

Pensiamo anche alla relazione che Giovanni Astengo svolse all'VIII congresso nazionale dell'INU. Correva il 1960. Un tempo in cui ci s'illuse che l'agenda politica desse alla programmazione economica e alla pianificazione urbanistica un'importanza assoluta e si fosse quindi vicini – con l'approvazione del *Codice dell'urbanistica* – all'agognata riforma dei suoli. Una relazione ancora oggi di piena attualità: «i privati continuamente muovono all'assalto pretendendo di agire in modo incontrollato o di imporre la propria volontà agli Amministratori locali (e troppo spesso vi riescono); dall'altra, l'Amministrazione centrale dello Stato o impone, spesso anche senza consultazione, le sue scelte per gli interventi, oppure, quando si tratti di spese deliberate dalle Amministrazioni locali con finanze proprie, frappone tali e tante difficoltà, controlli e supervisioni, tecniche e finanziarie, da snervare nella lunga attesa per la concessione di un mutuo o per l'approvazione di un progetto, anche i più saldi nervi di un amministratore»⁵⁴.

Ma come ho detto, tutto svanì. Di quella stagione ci resta l'esempio di «intellettuali e uomini politici tenacemente impegnati nell'opera di rinnovamento del Paese», come nel 1966 scriveva un ancora entusiasta e speranzoso Giorgio Ruffolo introducendo i sei volumi pubblicati dal Ministero del Bilancio in tema di programmazione economica: uomini che Ruffolo chiamava (includendovi sé stesso)

⁵² S. SETTIS, «*A titolo di sovranità*», cit., 87 s.

⁵³ Qui Settis rimanda ad A. BURATTI, M. FIORAVANTI, *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Roma, 2012.

⁵⁴ G. ASTENGO, *Verso una nuova legislazione urbanistica: impostazione e caratteristiche della proposta dell'I.N.U.*, in *Urbanistica*, n. 33, 1961, 27 ss. e ora all'indirizzo <http://circe.ivan.it>.

«gli éfori della programmazione italiana», il cui disegno pieno di futuro «esce non soltanto dalle loro competenze tecniche, ma anche dalla loro passione civile»⁵⁵.

Ci restano, ancora, conati normativi, tristi frantumi di un affresco mai realizzatosi.

La generosa (per le intenzioni perseguite), ma funesta legge n. 167 del 1962 sull'edilizia economica e popolare: sinonimo di aree periferiche, di marginalizzazione e di pericoloso degrado sociale. O la legge ponte (verso una riva mai raggiunta, chiosava amaro Giannini), della cui perniciosa ambiguità abbiam già detto.

9. *Ancora grandi sogni. E piccoli, più realistici, cabotaggi*

«Che fare?», direbbe Lenin.

Una proposta, non meno spazientita che (letteralmente) tagliente, ci viene di recente da Zagrebelsky, che ha attaccato frontalmente le Regioni: «nate come progetto di politica vicina ai cittadini, efficiente nell'interpretarne i bisogni e le tradizioni, nemica del centralismo autoritario, palestra di formazione di classi dirigenti nazionali, innovative e programmatrici, fecondatrici di una unità nazionale partecipata: tutta questa bellezza sta nei propositi che, via via, la realtà si è incaricata di smorzare. In parallelo, però, con l'esplosione del regionalismo come retorica. C'è stato un momento, tra il '60 e l'80 del secolo scorso, in cui, se non eri "regionalista", anzi "iper-regionalista" entusiasta, se non anche federalista, quasi non avevi diritto di parola nelle innumerevoli assise che radunavano studiosi, politici, amministratori. Per fare un poco di autocoscienza sarebbe istruttivo mettere in fila i titoli di ciò che si è scritto, i convegni e le tavole rotonde, le cattedre universitarie, gli istituti per le Regioni, eccetera: non si finirebbe più. La conclusione è stata un'escrescenza ideologica»⁵⁶.

⁵⁵ Ministero del bilancio e della programmazione economica, *La programmazione economica in Italia*, vol. I, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1966-1967, p. XVIII.

⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *La democrazia d'emergenza*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2020.

Gli replica Enzo Balboni (E. BALBONI, *Ma davvero Zagrebelsky vorrebbe abolire le Regioni? O invece il tarlo che lo rode è un altro*, in *lacostituzione.info*, 21 novembre 2020): «Non sarà perché non si è concretizzato il presupposto di una Regione come organismo che si percepisca e sia autonomo, come struttura, funzioni e attività. E tale presupposto non potrebbe essere l'utopica – ma necessaria – "comunità" regionale? C'è, ci sono le comunità regionali e locali pronte a lavorare per dare un senso alle loro, rivendicate, autonomie? Sono saliti alla ribalta coloro che sono disposti a fare i sacrifici indispensabili per portare avanti le proprie scelte e coltivare le loro specifiche identità? Soprattutto sul piano dei "tributi propri". Ma come si può immaginare una decorosa ed efficace ripartizione di competenze e funzioni tra Stato e Regioni (e autonomie locali) senza aver dato prima attuazione alle chiarissime disposizioni dell'art. 119 Cost., soprattutto il decisivo comma secondo ("stabiliscono ed applicano tributi ed entrate propri") insieme, ovviamente, alla sacrosanta disposizione solidaristica del terzo comma (che statuisce un fondo perequativo per i territori

Zagrebelsky non esita a dirlo: «Si incomincia a pronunciare quella che, fino a non molto tempo fa, sarebbe stata una bestemmia, che non mancherebbe di argomenti: altro che buon governo delle Regioni; aboliamole piuttosto!». Ma il Maestro sa bene che è un'utopia quasi rivoluzionaria: il potere aggrumatosi intorno a quell'infelice creazione dei Costituenti è enorme, e non lascerebbe mai il campo, sostanziato com'è da interessi economici assai corpolenti.

E torna così la domanda del vecchio Volodja.

Se volessimo continuare nel sogno, risponderemmo che si deve *distinguere* e quindi *differenziare*.

Distinguere, anzitutto. Tra *urbs* e *civitas*.

È la sfida generale, quella più ambiziosa, cui il pensiero giuridico occidentale comincia a dedicarsi: da una parte il *Comune*, dall'altra la *Città*.

La teorizza bene Fabio Giglioni: «la città assume una rilevanza autonoma dal punto di vista giuridico solo se è *civitas*, ovvero ricerca di senso e di identità di cittadinanza⁵⁷, un luogo nel quale la comunità trova una rappresentanza specifica con soluzioni innovative e originali delle esigenze che esprime. Si tratta di una caratteristica non estranea alla storia delle città, soprattutto se si tiene conto di quelle europee, la cui essenza è stata dimenticata a causa dell'avvento degli ordinamenti statuali, i quali hanno avuto il bisogno di soffocare il pluralismo istituzionalismo delle città per potersi consolidare e affermare. È così arrivata a noi una versione monodimensionale delle città [...]»⁵⁸.

Una riscoperta, in somma: per un inizio che «ist noch»⁵⁹, è ancora.

Non sappiamo, in verità, quali vie di diritto ci portino all'idea *giuridica* di città. Né se esista davvero: «il pourrait, pour dire les choses crûment, s'agir d'un avatar parmi d'autres de la décentralisation territoriale»⁶⁰.

con minore capacità fiscale)? [...] Il difetto, insomma, non sta nella vanga disadatta a dissodare il terreno, ma nei badilanti. Perché coloro che lavorano – mantenendo la metafora – a Palazzo Lombardia, a Santa Lucia, o al Palazzo dei Normanni non sono diversi in meglio e/o in peggio, da quelli alloggiati nei palazzi romani. E quale sugo si tira da tutto ciò? Cosa insegna ad un innamorato delle autonomie come chi scrive la nota dolente del Maestro Gustavo? Che, da eccellente retore qual è, egli abbia usato una metonimia, in forza della quale non erano tanto le Regioni – e i cultori dell'autonomia – i suoi bersagli polemici, quanto i piccoli uomini politici del nostro tempo effimero. “Servirebbero” gli statisti; almeno qualcuno. E quando li troveremo? “Coll'anno nuovo, il caso incomincerà a trattar bene voi e me e tutti gli altri, e si principierà la vita felice. Non è vero? Speriamo”. Così si conclude il dialogo tra il Passeggere e il Venditore di almanacchi.

⁵⁷ A proposito delle possibili ascendenze sanscrite del lemma base *civis*, nel classico A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 2001, 124, si legge un inciso d'inattesa e per noi significativa bellezza: «Le rapport avec skr. *çevah* “aimable” est en l'air».

⁵⁸ F. GIGLIONI, *Verso un diritto delle città. Le città oltre il Comune*, in *Diritto delle autonomie territoriali*, a cura di E. CARLONI, F. CORTESE, Milano, 2020, p. 267 ss., spec. 268.

⁵⁹ Heidegger, ovviamente: è il suo «der Anfang ist noch» nella *Rektoratsrede* friburghese.

⁶⁰ J.-B. AUBY, *La ville, nouvelle frontière du droit administratif*, in *L'actualité juridique, droit admin-*

Abbiamo soltanto una certezza *in negativo*: che «le gouvernement des entités urbaines offre au regard des caractéristiques très particulières», per cui «ces structures administratives de base que restent encore les communes *ne coïncident pas* avec les réalités urbaines, elles *ne sont en général pas* à l'échelle»⁶¹.

Le costellazioni di orientamento restano ancora tutte da inventare. Se posso immaginare una previsione, non credo che si perverrà alla creazione di nuove figure soggettive con attribuzione di personalità giuridica e di competenze per materie specifiche. Roma capitale, in altre parole, non è per definizione un modello generalizzabile; né lo è quello delle città metropolitane introdotto dalla l. n. 56/14: a tacere della coeva, dimenticabile corsa al riconoscimento da parte di realtà ben lontane dal poter pretendere quello *status*, mi sembra comunque troppo presto per stilare bilanci.

Più che la distinzione, mi sembra allora praticabile la via della differenziazione. Anzi, *prosequibile*: l'uniformità è in effetti una mitografia consunta, poiché – ci dice ancora Bin – «se spulciassimo nella nostra legislazione attuale troveremmo anche oggi innumerevoli conferme di una sfaccettata differenziazione dei comuni nei compiti e nelle funzioni loro assegnati»⁶².

In materia di governo del territorio propongo un'articolazione differenziale dei comuni non tanto per funzioni, quanto per poteri o – se preferiamo dir così – per spazi *giuridici* di azioni e politiche pubbliche consentite loro. Mi spiego.

Ho ricordato più sopra la riflessione di Bin circa la *necessità* – tale perché costituzionalmente imposta dal principio di differenziazione – di regolare in modo diverso situazioni diverse. Ora, mi domando se sia coerente con quel principio assimilare comuni che – per le più varie ragioni: qui non importa affatto – si reggono su armature urbanistiche più o meno obsolete a quelli che invece le adeguano tempestivamente alle normazioni statali o regionali che si susseguono nel tempo.

Un esempio l'ho fatto prima: vi sono comuni che sono rimasti fermi ai piani di ricostruzione (o ai programmi di fabbricazione degli anni '70). Ebbene, possono questi esser considerati di “rango” eguale ai comuni che si sono invece provvisti degli strumenti introdotti e disciplinati dalle leggi regionali organiche di ultima generazione? E ancora: non vi sono forse differenze di “virtuosità” nel governo del territorio a seconda che un comune abbia adeguato o meno il proprio strumento generale alle pianificazioni sovracomunali? Proseguo: un comune che sia bene in asse rispetto ai piani territoriali tematici eventualmente esistenti – paesaggistico, di bacino, del parco, *etc.* – non è *strutturalmente* differente da quello che non ha voluto compiere un siffatto, pur doveroso miglioramento qualitativo?

istratif (AJDA), 2017, n. 15, 853 ss., spec. 855. Il testo è disponibile nella versione italiana di C. SILVANO, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?*, in *Riv. giur. urb.*, 2019, n. 1, 14 ss., dove il passo qui riportato si legge a pagina 18.

⁶¹ J.-B. AUBY, *La ville*, cit., 857, cui ho aggiunto i corsivi (p. 23 della versione italiana).

⁶² R. BIN, *Cbi ha paura delle autonomie?*, cit., 50.

Non mi pare, in sintesi, impossibile impostare una serie di criteri che conducano a un *indice di virtuosità territoriale*: cui, sia chiaro, devono corrispondere non solo (e non tanto) premialità⁶³, ma anche (e sopra tutto) *inibizioni ad tempus*. Il modello, d'altra parte, non è certo nuovo: basti pensare – tra i tanti esempi, il più noto – alle «limitazioni» imposte dagli standard a operatività immediata *ex art.* 17 della legge ponte nei confronti dei comuni sprovvisti di p.r.g. o di p.d.f.

Ma è tempo di tornare alla realtà, visto che «ormai il sogno si è rattappito»⁶⁴.

Se è davvero così, allora la risposta è navigare a vista, sotto costa. Piccolo cabotaggio.

Per esempio, invertire la tendenza registrata nei decenni scorsi a trasferire le competenze in materia di governo del territorio dalle amministrazioni interventual-distali a quelle consensual-prossimali⁶⁵, sino alla sospetta corritività delle Regioni che hanno addirittura subdelegato ai Comuni l'autorizzazione paesaggistica⁶⁶. Ancora, sottrarre ai Comuni le competenze a irrogare ed eseguire sanzio-

⁶³ Pur sempre rinunciabili, a fronte del deprecabile scopo di mantenere lo *status quo* di tendenziale anomia nel governo del territorio.

⁶⁴ È il monologo disperato di Sandro Luporini e Giorgio Gaber, *Qualcuno era comunista*.

⁶⁵ Torna il tema dell'esergo, tratto da F.W. NIETZSCHE, *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen*, München, 1999, 77 s.: «*Von der Nächstenliebe. Ihr drängt euch um den Nächsten und habt schöne Worte dafür. Aber ich sage euch: eure Nächstenliebe ist eure schlechte Liebe zu euch selber. [...] Die Zukunft und das Fernste sei dir die Ursache deines Heute [...]. Meine Brüder, zur Nächstenliebe rathe ich euch nicht: ich rathe euch zur Fernsten-Liebe. Also sprach Zarathustra*» (trad. it. *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, vol. VI, tomo I, Milano, II ed., 1973, 70 s.: «*Dell'amore del prossimo. Voi vi affollate attorno al prossimo e avete belle parole per questo vostro affollarvi. Ma io vi dico: il vostro amore del prossimo è il vostro cattivo amore per voi stessi. [...] Il futuro e ciò che sta in remota lontananza sia la causa del tuo oggi [...]. Amici, non l'amore del prossimo vi consiglio: io vi consiglio l'amore del remoto. Così parlò Zarathustra*»).

Ad avviso di S. SETTIS, *Architettura e democrazia*, cit., 113 s., «in questo passo, il precetto evangelico dell'amore verso il prossimo viene apparentemente svalutato, in realtà esaltato e accresciuto, in nome della superiorità del futuro sul presente. "Amare il prossimo", infatti, potrebbe voler dire amare solo chi è troppo simile a noi; dobbiamo, invece, amare i più lontani, orientare oggi le nostre azioni su quello che desideriamo per il futuro».

Le due letture del brano di Nietzsche potrebbero essere complementari. L'amore per la distanza, per la lontananza, fonda sul motivo della *rinuncia*: alle esigenze del presente per tutelare il futuro; e dunque ad autoregolazioni predatorie onde lasciare il campo a (forse) meno miopi eteronormazioni.

⁶⁶ S. SETTIS, «*A titolo di sovranità*», cit., 110 s.: «La perversa insistenza sulla piena autonomia di ciascun Comune nella pianificazione del proprio territorio è rivelatrice di una *forma mentis* politica e amministrativa votata allo sfruttamento del suolo come risorsa passiva, e non al suo uso virtuoso: è infatti chiaro a tutti che i confini amministrativi tra Comuni (ma anche tra Regioni) sono del tutto arbitrari, e non coincidono mai con la distribuzione naturale delle risorse ambientali. Il più prezioso dei nostri beni comuni, il suolo in cui viviamo, anziché esser gestito collettivamente a beneficio della comunità dei cittadini, viene segmentato ad arbitrio in funzione dell'esercizio del potere locale, della distribuzione di favori e benefici, del voto di scambio, dell'esazione di gabelle, del trasferimento della ricchezza dalla comunità dei cittadini a chi già dispone di abbondanti liquidità (molto spesso, le mafie). E mentre norme e piani si accaniscono contro l'interesse generale,

ni in materia edilizia, per affidarle invece al Prefetto: «uomo dai cento mestieri», figura cioè a competenza generale che svolge un ruolo ad ambito tendenzialmente innominato, come ci ricorda Paolo Urbani⁶⁷. Prevedere lo scioglimento del consiglio comunale in caso di mancata approvazione dello strumento urbanistico generale entro un termine dato, ovviamente inferiore alla durata della consiliatura. In breve, tutti gli ambiti di azione prossimale direttamente esposti al rischio di cattura – per ricatto elettorale o peggio – da parte del privato.

È davvero poco, se pensiamo a una riforma strutturale e di sistema.

Se ci ostiniamo ancora nell'irrinunciabile imprudenza di sognare⁶⁸.

Quasi nulla.

sparisce lentamente dall'orizzonte dei cittadini, dalla nostra etica quotidiana, persino dai nostri sogni e speranze, ogni traccia di senso civico, di quell'*amor loci* che fu asse portante della civiltà urbana e che la Costituzione fedelmente riflette».

⁶⁷ P. URBANI, *Istituzioni, Economia, Territorio. Il gioco delle responsabilità nelle politiche di sviluppo*, Torino, 2020, 83.

⁶⁸ La cui orografia è assai ben declinata da G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *www.federalismi.it*, 2020; e da F. SAITTA, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica*, in *Dir. soc.*, 2020, 395 ss.

Sulla scia di Henry Lefebvre, Gardini sostiene l'attualità del «diritto alla città»; ne deriva a suo parere la centralità del piano regolatore, «espressione del livello di governo più vicino alla realtà da regolare, ossia il comune. Una pianificazione strategica, inclusiva dei diversi interessi differenziati, aperta alla partecipazione dei privati nelle diverse fasi della impostazione e attuazione, ma soprattutto pubblica, rappresenta l'unico modo per riportare all'interno del circuito democratico le scelte fondamentali riguardanti il territorio, evitando le pericolose derive dell'urbanistica contrattata» (*op. cit.*, 84). Se si pone in questi termini la questione, si coglie appieno lo iato fra un vieto prossimalismo localistico, da una parte; e un'amministrazione di prossimità equilibrata (e condivisibile), dall'altra.

Obiettivo molto lontano. Che passa – come ci ricorda Saitta – «attraverso la trasformazione degli abitanti da meri amministrati e subordinati alla potestà pubblica in attori: il «diritto all'opera» ed il «diritto alla fruizione» predicati da Lefebvre presuppongono un cittadino collaborativo ed un'amministrazione più partecipata e trasparente» (*op. cit.*, 426).

Abstract

Il mito dell'amministrazione di prossimità – alimentato anche dal diritto positivo – si è rivelato troppo spesso un mero pretesto per una gestione malaccorta dei bisogni espressi dalla popolazione che abita o comunque frequenta la città. In particolare i comuni non hanno dato buona prova di sé, spesso “catturati” da interessi privati. Il governo del territorio, inteso come comprensivo del paesaggio e dell'ambiente, ne è un esempio. Il sogno di riforme di struttura, ancora vivo negli anni '70, è oramai tramontato. Restano due vie. Teorizzare un concetto giuridico di *città* distinto da quello di *comune*. Oppure differenziare i comuni in base alla loro virtuosità specifica, cioè alla loro capacità di adeguarsi ai modelli più avanzati di gestione degli usi e delle trasformazioni territoriali. Il resto è solo piccolo cabotaggio, come togliere ai comuni la competenza a irrogare ed eseguire le sanzioni connesse agli illeciti edilizi.

Against proximalism in the territorial governance

by Pier Luigi Portaluri

The myth of proximity administration – also nourished by the legal system – has too often proved to be a mere pretext for an ill-advised management of the needs expressed by the population living in or frequenting the city. In particular, municipalities have not shown themselves to be good, often “captured” by private interests. The territorial governance, intended as comprising the landscape and the environment, is an example. The dream of structural reforms, still alive in the 1970s, has now faded. Two paths remain. To theorize a legal concept of *city* distinct from that of *municipality*. Or to differentiate municipalities on the basis of their specific virtuosity, that is, their ability to adapt to the most advanced models of management of land use and transformation. The rest is just petty cabotage, such as depriving municipalities of the competence to impose and enforce sanctions related to construction offenses.

Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell'emergenza (prime notazioni)*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Sovranità e autonomia: le forzate ricostruzioni teoriche del modello ad oggi diffuse e il bisogno di ricomporre ad unità significativa i termini della relazione. – 2. Sovranità dello Stato e sovranità dell'Unione europea. – 3. “Sovranità dei poteri” dello Stato e “sovranità dei valori” della Costituzione: si contrae l'una e si espande l'altra. – 4. La spinta al “riaccentramento” nella allocazione della sovranità, al piano dei rapporti interordinamentali così come a quello intraordinamentale, e l'esercizio delle competenze all'insegna del principio della integrazione sia per atti che per organi. – 5. Una succinta notazione finale: l'alibi dell'emergenza e lo strumentale richiamo ad esso fatto a giustificazione della mancata affermazione sia della sovranità che dell'autonomia.

1. *Sovranità e autonomia: le forzate ricostruzioni teoriche del modello ad oggi diffuse e il bisogno di ricomporre ad unità significativa i termini della relazione*

Ha ancora un senso e un futuro l'autonomia regionale?

Prima (e al fine) di tentare di rispondere alla domanda va riconosciuto, con crudo realismo, che l'autonomia non ha, forse, mai avuto (e non ha) un apprezzabile radicamento nell'esperienza o, per dir meglio, non l'ha avuta l'idea che se n'erano fatta alcune menti nobili ed ispirate che però ne avevano data una rappresentazione – come dire? – idilliaca, assumendo che essa potesse esprimersi in un'autentica autodeterminazione politica, nei fini come nei mezzi, sì da dar modo a ciascuna Regione di potersi fare portatrice di un proprio indirizzo politico, in corposa misura differenziato rispetto sia a quelli delle Regioni restanti e sia pure – per ciò che più importa – a quello dello Stato.

La delusione – confesso – è stata cocente per molti di noi che in quest'idea abbiamo creduto con ferma convinzione e persino con fede e trasporto, più ancora poi – mi viene da dire – proprio per chi, come me, ha mosso i primi passi nella ricerca nutrendosi di questa idea. Il mio compianto Maestro, T. Martines, è stato – come si sa – uno dei pionieri del regionalismo in Italia, offrendo contributi nei quali la costruzione teorica e la passione civica si sono mirabilmente fuse, alimentandosi incessantemente a vicenda¹. Credo che sia nata proprio da

* Il saggio, non sottoposto a referaggio, farà parte degli scritti in onore di Maria Immordino. Dedico *toto corde* il lavoro all'amica carissima, studiosa colta e raffinata, persona dalle non comuni qualità umane e scientifiche. Avverto che l'ampiezza del campo attraversato da questa riflessione e l'impegno teorico non lieve sollecitato dai temi trattati avrebbero richiesto un esteso apparato di note e di indicazioni bibliografiche, non consentito tuttavia dal limitato obiettivo qui avuto di

qui l'indicazione datami a fare dei principi costituzionali dell'autonomia e del decentramento, di cui all'art. 5 della Carta, l'oggetto della mia tesi di laurea, così come a coltivare già a partire dagli anni iniziali del mio impegno scientifico alcuni temi che ruotavano tutti attorno al tronco portante dell'autonomia.

Forse, sforzandomi di ripensare a questa mia personale vicenda con un certo distacco, in ciò incoraggiato dal tempo ormai lungo nel frattempo trascorso, si deve convenire che Martines per primo e, a ruota, tutti noi che ci siamo mossi lungo la sua scia ci eravamo fatti un'idea *quodammodo* mitizzata e, a conti fatti, ingenua dell'autonomia stessa², preorientati – con ogni probabilità – a proiettare in primo piano le indicazioni della Carta costituzionale che, per l'originario dettato del Titolo V, stavano a base dell'edificio regionale e che maggiormente si prestavano allo scopo, lasciando invece sullo sfondo, in penombra, le altre³ che, considerate in un certo modo, avrebbero potuto mettere in forse le nostre incrollabili ed ottimistiche certezze. E, invero, il figurino costituzionale, pur nella sua consustanziale laconicità e – a dirla tutta – ambiguità di dettato, è disseminato di indicazioni aperte a letture di vario segno, prestandosi dunque tanto alla promozione quanto al contenimento dell'autonomia⁴. È pur vero, poi, che l'una e l'altra cosa avrebbero comunque dovuto aversi in misura limitata: nessuna espansione incondizionata né, all'opposto, alcuno svilimento dell'autonomia avrebbero potuto essere tollerati. Credo infatti di poter dire che ogni radicalizzazione teorica dei dati offerti dagli enunciati visti nel loro insieme espone il fianco alla critica e che una valutazione d'assieme sollecita piuttosto ad assumere una posizione teorica mediana tra i corni opposti dell'alternativa. Un esito, questo, che a me

mira che – come già risulta dal titolo dato alla riflessione che ora si avvia – è unicamente quello di svolgere talune iniziali osservazioni bisognose quindi di essere riprese in altri luoghi nei quali possano ricevere ulteriori approfondimenti. I riferimenti di note e i richiami di letteratura saranno, pertanto, in questa sede di necessità fortemente contratti

¹ Per tutti, richiamo qui solo il suo “classico” *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., nonché ora in *Opere*, III, Milano 2000, 293 ss.

² V., infatti, cosa se ne dice al riguardo nel mio *Sogno e disincanto dell'autonomia politica regionale nel pensiero di Temistocle Martines (con particolare riguardo al “posto” delle leggi regionali nel sistema delle fonti)*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 2016, 456 ss.

³ ... a partire da quella relativa al limite dell'interesse nazionale (e di altre Regioni) che, se inteso e fatto valere così come richiesto dalla Carta, avrebbe potuto portare al soffocamento dell'autonomia, stretta nella morsa a tenaglia azionata, da un lato, dalla mano del Governo e, dall'altro, da quella del Parlamento, in sede di verifica della sua osservanza da parte delle leggi regionali. Alle vicende del limite in parola, conseguenti al suo innaturale spostamento dal piano del merito a quello della legittimità ed alle forme, assai varie per modalità espressive ed incisività, ricevute nei giudizi di costituzionalità, nondimeno, non può ora riservarsi neppure un cenno.

⁴ È poi chiaro che ogni giudizio al riguardo risente del preorientamento teorico di chi lo formula in merito a ciò che è l'autonomia sia nei suoi termini generali che con specifico riferimento alle sue applicazioni alla dimensione regionale (in tema, di recente, E. GIARDINO, *La Costituzione «dimenticata». Il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 89 ss.).

pare risulti avvalorato, più che dalle singole previsioni che, isolatamente prese ed estrapolate dalla trama complessiva in cui si situano, si prestano a possibili fraintendimenti, dal loro fare tutt'uno, "sistema". È sicuro, infatti, che l'autonomia possa (e debba) andare incontro a limiti di varia intensità, specie in talune contingenze, tra le quali – per ciò che qui maggiormente importa – quelle aventi carattere di emergenza (nell'accezione e nelle forme che si preciseranno tra non molto). La Costituzione in fondo – se ci si pensa – è come una fisarmonica dalla quale possono estrarsi suoni e melodie apprezzabili non già dal singolo movimento ora espansivo ed ora contrattivo bensì da tutti assieme, dal loro incessante alternarsi e comporsi in unità complessivamente significativa. Allo stesso tempo, è necessario non perdere di vista che ogni disposto del Titolo V richiede di essere, a un tempo, riportato agli altri a contorno con i quali fa appunto "sistema" (o, ad esser precisi, «microsistema»⁵) e – ciò che più importa – alle indicazioni della Carta che nel modo più immediato e genuino sono espressive dei valori fondamentali dell'ordinamento, a partire ovviamente da quelle di cui all'art. 5, le quali poi a loro volta fanno "sistema" (o – come si viene dicendo – "microsistema") con le altre ad esse contigue risultanti dai principi fondamentali restanti.

Come si è fatto in altri luoghi notare, infatti, il significato dell'autonomia non si coglie ed apprezza leggendo il disposto di cui al primo comma dell'art. appena richiamato chiuso in se stesso bensì ponendolo in rapporto con gli enunciati che (non per mero accidente) immediatamente lo precedono, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, espressivi di quella che a me piace chiamare la "coppia assiologica fondamentale" dell'ordinamento, libertà ed eguaglianza: valori – come si sa – transepocali, se non pure autenticamente (ma tendenzialmente) universali. L'autonomia, infatti, è, sì, un valore-fine ma è anche (e soprattutto) un valore-mezzo, per il ruolo servente che esercita nei riguardi dei valori suddetti. Non si dimentichi, d'altronde, che al momento della redazione della Carta era ancora cocente il ricordo della esperienza vissuta durante il ventennio, sfociata quindi nella tragedia della seconda grande guerra: di ciò che l'una e l'altra avevano rappresentato in termini di vite umane sacrificate e di altre comunque mortificate nella loro dignità.

L'autonomia – non si perda mai di vista – costituisce una risorsa preziosa di cui è stata dotata la Repubblica al fine della salvaguardia della dignità della

⁵ La Costituzione, infatti, si compone – potrebbe dirsi – di grappoli di enunciati tra di loro omogenei per l'oggetto regolato, in una certa misura dunque distinti dagli altri, seppure tutti assieme connotati dalla comune funzione di porsi a disciplina di base della c.d. "materia" costituzionale [per la cui nozione, volendo, può vedersi il mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. LOVATO, Torino 2019, 299 ss., nonché in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2017], come tali componenti il "macrosistema" generale della legge fondamentale della Repubblica.

persona e dell'appagamento dei diritti fondamentali in genere che a questa fanno capo, dei suoi più avvertiti bisogni in genere. Una risorsa che, nondimeno, va spesa a modo, senza impossibili fughe in avanti, assai rischiose per l'unità-indivisibilità dell'ordinamento, e però senza neppure una sbiadita sua realizzazione, inadeguata rispetto al fine e persino idonea a dar vita ad effetti controproducenti. Altro discorso (che, però, non può ora farsi) è, poi, quello per cui l'autonomia è stata in parte frenata dalle stesse disposizioni del Titolo V, sia nella sua originaria stesura che in quella risultante dalla riforma del 2001, inadeguate sotto più aspetti a dare congruo svolgimento alla densa indicazione di valore di cui all'art. 5 e docilmente piegatesi, a motivo della malleabilità della loro struttura nomologica, all'affermazione di un modello complessivamente distorto e nel segno della sostanziale continuità, malgrado le differenze non da poco riscontrabili nella lettera degli enunciati prima e dopo la riforma suddetta⁶. La qual cosa poi – è bene averne avvertenza, malgrado ciò sia duro da digerire – conferma la limitata *vis* prescrittiva degli enunciati costituzionali laddove non si diano le condizioni di contesto favorevoli alla loro implementazione nell'esperienza; e conferma che le radici, profonde e ramificate nel sistema politico e nel corpo sociale, da cui le condizioni stesse si sono alimentate e seguitano ad alimentarsi si riportano alla circostanza per cui l'idea regionale, diversamente da quella comunale, non è stata, a conti fatti, metabolizzata dal sistema politico e dalla struttura sociale, avvertita cioè come strumentale alla salvaguardia di alcuni dei più diffusi e pressanti bisognosi.

Ad ogni buon conto, quali che fossero i difetti originari del modello e quali che siano quelli esibiti dalla riforma del 2001, le maggiori responsabilità – come si vedrà meglio più avanti – non sono di certo da imputare ad alcune timidezze espressive o vere e proprie lacune del dettato costituzionale, nondimeno innegabili⁷, bensì a carenze vistose degli operatori politico-istituzionali, incapaci di sfruttare a modo le consistenti potenzialità offerte dalla Carta, facendole valere a beneficio di talune aspettative largamente e intensamente nutrite in seno al corpo sociale.

Dubito, infatti, che una valutazione d'assieme, operata retrospettivamente ed appuntata sulle più salienti espressioni dell'autonomia maturate in un arco temporale ormai indubbiamente lungo, avvalorì la conclusione che se ne sia fatto

⁶ Ha di recente ripercorso questa vicenda S. ARU, *La continuità del regionalismo italiano*, Napoli, 2020; cfr., poi, a quanto qui si viene dicendo la ricostruzione di recente operata da P. MAZZINA, *L'autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020; per una riconsiderazione complessiva dell'autonomia regionale a seguito della pandemia da Covid-19, v., ora, l'ampio studio di P. MASALA, *I diritti fra stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale "ribilanciamento" occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2021, 137 ss.

⁷ Su ciò può vedersi, se si vuole, il mio *Lacune costituzionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2016.

buon uso, per responsabilità che, a mia opinione, sono da spartire (non saprei francamente dire se equamente o no) tra gli organi statali della direzione politica per un verso, cui si deve la produzione di vincoli soffocanti per l'autonomia⁸, gli stessi organi operanti in ambito locale per un altro verso, che (eccezion fatta per alcune Regioni) non hanno fatto buon uso degli strumenti di cui sono stati dotati, e gli organi supremi di garanzia per un altro verso ancora, ora rimasti stranamente inerti o, come che sia, poco attenti davanti ad atti e comportamenti compressivi dell'autonomia⁹ ed ora comunque maggiormente sensibili alle istanze di cui si sono fatti portatori gli organi centrali della direzione politica (ed è, in particolare, il caso della Corte costituzionale). Istanze – tengo qui a precisare – che, poi, non possono molte volte a buon titolo vantare la “copertura” ad esse offerte dal valore di unità-indivisibilità della Repubblica, così come invece si suole stancamente ripetere da parte di quanti ne rivendicano la tutela; e ciò, per la elementare ragione che l'unità in parola, così come è dalla Carta intesa, dovrebbe sempre ed unicamente costruirsi e incessantemente rinnovarsi – si è fatto da tempo notare dalla più avvertita dottrina – dal basso¹⁰, attraverso appunto la salvaguardia, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto, dell'autonomia, non già di certo con il suo svilimento e il sostanziale accantonamento. E, invero, troppe volte stranamente si trascura che della struttura stessa della Repubblica sono parte integrante le autonomie territoriali in genere, a partire proprio da quelle maggiormente vicine al cittadino, secondo la illuminante indicazione data dall'art. 114, con l'ordine non casuale in cui sono menzionati gli enti di cui la Repubblica stessa si compone.

Fatico invero a comprendere la ragione che ha portato in passato e seguita a portare ancora oggi una nutrita schiera di studiosi a raffigurare centro e periferia, in tutte le loro articolazioni interne, a mo' di eserciti schierati su fronti avversi e votati ad una guerra senza fine e senza risparmio di colpi: quasi che l'affermazione dell'unità da un canto e dell'autonomia dall'altro debba fatalmente aversi con la vittoria schiacciante dell'una ovvero dell'altra, restando pertanto obbligato chi perda la contesa a rassegnare una resa senza condizioni. Miopia (o, forse, più ancora cecità) metodico-teorica non consente invece di vedere che l'una non può fare a meno dell'altra e che, anzi, ciascuna di esse può realizzarsi ed appagarsi

⁸ ... in forza di un preorientamento che si alimenta da un autentico “culto per l'uniformità”, com'è stato efficacemente etichettato da una sensibile dottrina (C. PINELLI, *Cinquant'anni di regionalismo, fra «libertà dallo Stato» e culto per l'uniformità*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 749 ss.).

⁹ Così, specificamente, il Capo dello Stato non ha adeguatamente vigilato in occasione della formazione di atti normativi di assai dubbia conformità a Costituzione, in ispecie per l'aspetto della compressione dell'autonomia conseguente alla loro adozione, facendo un uso mirato dell'arma del rinvio delle leggi o, in via informale, degli stessi atti del Governo, oltre che del potere di esternazione, e via dicendo.

¹⁰ L'edificio, d'altronde, si edifica partendo dalle fondamenta, non già dal tetto; e così è pure per l'edificio repubblicano, i cui elementi portanti sono indicati nell'art. 114.

al meglio, in ragione delle condizioni complessive di contesto, unicamente con la realizzazione e l'appagamento dell'altra: *simul stabunt vel simul cadent*, insomma. Di più: ciascuna di esse compone una faccia dell'unica medaglia, che ha valore e può essere spesa adeguatamente sul mercato delle relazioni istituzionali solo, appunto, in quanto in sé completa, non già se monca di una componente essenziale. È perciò che – come si è tentato di argomentare altrove¹¹ – ciascun ente è chiamato a farsi portatore, a un tempo, di istanze riferibili all'una ed all'altra delle due facce suddette, non già unicamente a questa o a quella o – peggio ancora – all'una in alternativa all'altra.

La conclusione è preziosa sia per il tempo che potrebbe dirsi “ordinario” e sia pure per quello “straordinario”, dell'emergenza, sul quale le succinte notazioni che ora si vanno facendo intendono specificamente appuntarsi. È vero, infatti, che – come si vedrà a momenti – situazioni eccezionali richiedono di essere trattate con misure parimenti eccezionali e possono, dunque, comportare parziali alterazioni del modello costituzionale, quale disegnato per gli stati di quiete. Per un verso, però, tutto ciò dovrebbe aversi in base ad un pugno di canoni prefigurato dalla stessa Carta, proprio per gli effetti che possono conseguire all'adozione delle misure volte a far fronte all'emergenza e l'immediata incidenza da esse esercitata a carico del modello stesso. Di qui – come pure si vedrà – il bisogno di una disciplina essenziale, conformemente alla natura del documento in cui s'inscrive, relativa alla gestione degli stati di crisi, quale quello che ad oggi ci affligge. Per un altro verso, in nessun caso o modo può aversi l'affermazione delle istanze di unità a discapito di quelle di autonomia (o, in astratto, viceversa). Un siffatto modo di rappresentare le cose, alla luce di quanto si è venuti dicendo, appare essere viziato in partenza, nella sua stessa concezione ancora prima che nella formulazione, dal momento che né l'unità né l'autonomia – come si è veduto – possono affermarsi facendo l'una a meno (o, peggio, col sacrificio) dell'altra.

2. *Sovranità dello Stato e sovranità dell'Unione europea*

Il quadro appare, poi, vistosamente alterato, per il condizionamento subito ad opera di uno schema teorico risalente che induce a ripetere in modo tralaticio le equazioni Stato = ente sovrano e Regione = ente autonomo: originario l'uno, derivata l'altra.

Questa raffigurazione appare, per vero, ormai da tempo essere eccessiva-

¹¹ Maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, possono, volendo, aversi dai miei *Il valore di “unità-autonomia” quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della “specializzazione” dell'autonomia regionale (prime notazioni)*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2020, 100 ss., e *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in *Dir. fond. (www.dirittifondamentali.it)*, 2020, 132 ss.

mente semplificante e, a conti fatti, forzosa, non tenendo conto di quanto sia ormai diverso il presente contesto rispetto a quello in cui essa è stata elaborata e messa a punto da una raffinata dottrina. Una raffigurazione, peraltro, improponibile, a mio modo di vedere, già alla luce del dettato costituzionale e, quindi, travolta dal corso impetuoso degli eventi maturati nel corso degli anni che ci separano dalla esaltante stagione costituente.

È pur vero, però, che alcuni fraintendimenti teorici si sono alimentati da imprecisioni linguistiche esibite dalla Carta che non sempre adopera il medesimo termine per designare la medesima cosa, pur laddove ne sia assolutamente chiaro il significato. Ad es., l'art. 7, con riferimento ai rapporti con la Chiesa, presenta il lemma "Stato"; è, però, chiaro che l'"ordine" di quest'ultimo, nell'accezione dell'enunciato in parola, vuol essere tenuto distinto da quello della Chiesa, avente carattere religioso, riferendosi entrambi in modo unitario a tutti gli enti che ad essi fanno capo. In realtà, dunque, la sovranità qui si appunta sulla "Repubblica" *ut sic*, nell'insieme delle sue componenti, quali troviamo poi descritte nel già richiamato art. 114¹²: è la Repubblica nella sua interezza che si correla alla Chiesa, così come questa a quella; altra cosa, poi, naturalmente, è stabilire chi ha titolo per rappresentare l'uno e l'altro ente nel momento in cui entrano in rapporto, qual è cioè di volta in volta la parte che agisce per il tutto al quale appartiene. A quest'ultimo riguardo, peraltro, è ormai pacifico che le relazioni in parola si riproducono a cascata a plurimi livelli istituzionali, intrecciandosi e svolgendosi proficuamente anche con enti esponenziali della Chiesa in sede locale e le autonomie territoriali.

Come si diceva, però, il mondo è molto cambiato dal tempo in cui le categorie della sovranità e dell'autonomia sono state inizialmente elaborate.

Il dato al riguardo di maggior significato è costituito da un contesto internazionale profondamente diverso da quello in cui operava il Costituente e, ovviamente, ancora di più rispetto a quello di un tempo risalente in cui si poneva mano alla messa a punto delle categorie suddette.

Per fare ora solo un cenno fugace a ciò che ha rappresentato (e rappresenta) la costruzione europea, con l'avvento delle Comunità prima ed ora dell'Unione, è sufficiente pensare ai vincoli, alle volte stringenti, che ne discendono a carico degli Stati per avvedersi subito della impossibilità di riproporre – perlomeno con il significato di un tempo – lo schema della sovranità, salvo ad ammettere che l'antica etichetta possa prestarsi altresì ad indicare una "cosa" ormai irricognoscibile rispetto alla sua fotografia di un glorioso passato.

Se la sovranità è intesa come pienezza di potere, in sé e per sé perfetto ed autosufficiente, rinvenendo unicamente in se stesso il titolo della propria esistenza e giustificazione, è chiaro che sarebbe illusorio rinvenirne traccia nello Stato

¹² Sulla nozione di Repubblica, v., almeno E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il concetto di Repubblica nella Costituzione italiana*, Milano, 2015.

quale oggi è e per come opera: sarebbe un'autentica raffigurazione mistificatoria rispetto alla realtà, che si trascina per forza d'inerzia, esattamente così come sono solite fare idee pure un tempo fondate e congeniali al contesto in cui si sono formate e quindi tramandate anche dopo che ciò che originariamente le giustificava è venuto meno ed è stato sostituito da un quadro nel suo insieme assai diverso.

In realtà, la Costituzione, quale si presenta *secundum verba*, non è in contraddizione con se stessa, non è cioè afflitta da un vizio di origine di cui i redattori della Carta non si sarebbero avveduti; piuttosto, se conflitto v'è stato, è da addebitare ad alcune letture forzosamente espansive che se ne sono date, a partire da quella che ha portato a dotare il fenomeno (ieri comunitario ed oggi) eurounitario della "copertura" generosamente offertagli dall'art. 11.

Si è così consumata una "rottura" della Costituzione della cui esistenza anche la più avvertita dottrina parrebbe non aver avuto, stranamente, consapevolezza: l'art. 11, nella lettura ormai invalsa in forza di una consuetudine culturale divenuta autentico diritto costituzionale vivente, entra infatti fatalmente in rotta di collisione con gli espliciti, ripetuti riconoscimenti fatti a beneficio dello Stato (*rectius*, della Repubblica) della qualità di ente "sovrano", a partire da quello di cui all'art. 1 della Carta. Non è invece così, non può più essere così, perlomeno – come si diceva – a tener ferma l'antica idea mitizzata di "sovranità".

Se poi si tiene conto, come si deve, dei vincoli, per alcune materie ed in alcune congiunture invero stringenti, che discendono a carico della Repubblica nella sua interezza (e, dunque, anche, e in primo luogo, dello Stato) dall'Unione, e si punta a verificarne la consistenza, per quantità e soprattutto qualità, allora è giocoforza ammettere – sempre per riprendere il linguaggio familiare ai cultori delle scienze esatte – che lo Stato sta all'Unione in una condizione non molto diversa di quella in cui le Regioni stanno allo Stato. Insomma, la distanza che ormai tiene lontana l'antica idea di sovranità con quella oggi realisticamente proponibile è tale che, forse, gli elementi di somiglianza sono maggiori con quelli propri degli enti tradizionalmente qualificati come "autonomi" piuttosto che con quelli che un tempo valevano a riconoscere allo Stato la qualità di cui ancora oggi si ritiene essere dotato.

D'altronde, quello dell'autonomia è – come si sa – un contenitore assai largo e capiente: non a caso, sono usualmente considerati appartenenti ad uno stesso "insieme" le Regioni speciali e quelle ordinarie, unitamente ai Comuni ed agli altri enti menzionati nell'art. 114, tutti dunque provvisti di "autonomia", pur disponendo di ambiti materiali e tipi di competenze ad ogni buon conto qualitativamente e quantitativamente diversi.

Sia chiaro. Non intendo qui dire che, entrando a far parte delle Comunità prima ed ora dell'Unione, lo Stato si sia spogliato "del tutto" della propria sovranità; e basti solo pensare, al riguardo, al potere di recesso, che gli è comunque riconosciuto dallo stesso trattato e che, peraltro, pur laddove così non fosse

stato, ugualmente nessuno avrebbe potuto contestargli. Il punto è però che, fintantoché perdura l'appartenenza in parola, lo Stato e l'Unione, ciascuno per la propria parte e con tipicità di ruoli, sono tenuti a collaborare a vicenda, in particolare il primo è chiamato a dare seguito lineare e coerente alle decisioni (in senso lato) adottate in ambito sovranazionale, alla cui formazione peraltro fattivamente concorre.

Se, dunque, volessimo seguire a riproporre lo schema della sovranità, dovremmo piuttosto concludere nel senso che la stessa è “condivisa” da entrambi gli enti, secondo un riparto peraltro mobile e bisognoso di essere in modo continuo messo a punto¹³: un riparto che varia da un campo materiale all'altro e, per uno stesso campo, nel tempo, venendosi quindi a determinare equilibri ad ogni buon conto precari, sommamente delicati ed incerti, per la cui incessante messa a punto un ruolo di cruciale rilievo è da assegnare a fattori di contesto, in ciascuna delle sue componenti ed espressioni: quale contesto politico, economico, sociale in genere. Fattori che poi – è appena il caso ora di esplicitare – proprio nel tempo dell'emergenza acquistano un peso davvero risolutivo per ciò che attiene alla ridefinizione degli equilibri stessi e, con essi, alla redistribuzione della sovranità tra Unione e Stati.

Ora, è di tutta evidenza che ogni spostamento, nell'uno o nell'altro verso, di quote consistenti di sovranità lungo la retta ideale che collega l'Unione agli Stati comporta spostamenti altresì nel riparto interno a questi ultimi, del quale solo interessa qui specificamente dire. Tutto si tiene e tutto fa “sistema”: così come un sasso gettato in uno stagno crea onde che si trasmettono in modo sempre più largo, portandosi anche molto lontano dal punto inizialmente toccato, analogamente anche i movimenti di potere che si registrano all'un piano non restano senza conseguenze ai piani restanti.

Ebbene, in questo quadro complessivo, qui appena abbozzato nelle sue linee portanti, consiglieri di non fermarsi alle sole etichette, tanto per ciò che attiene ai rapporti Unione-Stati quanto per quelli interni a questi ultimi, da cui possono venire suggestioni (anche inconsapevoli) foriere di esiti teorico-ricostruttivi fuorvianti. Giova, piuttosto, utilizzare un metodo – come dire? – empirico o sperimentale, puntando cioè a rappresentare, perlomeno fin dove possibile, ciò che in concreto rientra nel patrimonio di poteri di cui ciascun ente è dotato, rinunciando quindi in partenza a tirare conclusioni affrettate o, diciamo pure, eccessivamente semplificanti e forzose. Giudico, infatti, assai più produttivo – per dirla in breve – tentare di stabilire cosa può fare, secondo modello, e cosa

¹³ Quest'affermazione è argomentata in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2019; cfr., più di recente, G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione europea*, Milano, 2020; con specifico riferimento alla sovranità dell'Unione, v., poi, ora, la *Enquête sur la souveraineté européenne*, curata dalla Fondazione J. Jaurès e dalla Fondazione F. Ebert, in *Ipsos Public Affairs*, 2021.

effettivamente fa ciascun ente in rapporto a quanto spetta ad altri ed è poi da questi davvero realizzato.

È ovvio che una indagine così complessa ed impegnativa, anche solo in relazione ad un ambito materiale dato e limitata ad un arco temporale ristretto, non può essere neppure avviata in uno studio, quale questo, che ha per unica ambizione quella di rimettere in discussione antiche e consolidate credenze, rimandando quindi ad altre sedi per le necessarie verifiche delle ipotesi di lavoro qui formulate e gli opportuni svolgimenti delle notazioni di base fatte.

3. *“Sovranità dei poteri” dello Stato e “sovranià dei valori” della Costituzione: si contrae l’una e si espande l’altra*

A complicare, poi, ulteriormente le cose rileva un’ulteriore considerazione alla quale, conformemente all’ispirazione complessiva da cui questo studio si alimenta, mi limito ora solo a fare un rapido cenno.

Fin qui, infatti, si è discorso della sovranità e dell’autonomia quali categorie teoriche che idealmente rimandano a quote di potere – per dirla in modo assai approssimativo e meramente allusivo – di cui questo o quell’ente è dotato e che effettivamente fa valere nei suoi rapporti con gli enti restanti.

La sovranità, però, al piano teorico-generale, ha molti volti, uno dei quali – per ciò che è ora di specifico interesse – si coglie ed apprezza in prospettiva assiologicamente orientata ed è mirabilmente espresso nella efficace formula di un’accreditata dottrina che ha discorso di una «sovranità dei valori»¹⁴.

Credo che pochi dubbi possano residuare a riguardo del fatto che se, per un verso, “sovrano” è, per la veduta tradizionale che ambienta la qualificazione al piano storico-politico, un ente in grado di rinvenire unicamente in se stesso il titolo della propria esistenza, riuscendo quindi ad averne il riconoscimento in seno alla Comunità internazionale, quale che sia il modo con cui il titolo stesso è stato acquistato¹⁵, per un altro verso però, al piano positivo, “sovrana” è, nella sua ristretta e propria accezione, unicamente la Costituzione, cui si deve la individuazione del soggetto “sovrano”, nel significato del quale si è dapprima discorso. Non a caso, d’altronde, per restare ora alla nostra Carta, la sovranità stessa è, sì, imputata al popolo, che tuttavia la esercita “nelle forme e nei limiti” stabiliti dalla Carta stessa.

¹⁴ Il riferimento – com’è chiaro – è ad una nota indicazione teorica di G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005.

¹⁵ Molte volte – come si sa – trattasi di una vera e propria conquista particolarmente travagliata, conseguente ad eventi traumatici, quale una guerra o una lotta intestina, o dell’esito di un processo faticoso di aggregazione di enti dapprima distinti ovvero di disgregazione di un unico ente, e via dicendo.

Avuto, poi, riguardo alla definizione di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi e mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, che ha – com'è noto – nel riconoscimento dei diritti fondamentali il suo cuore pulsante e la giustificazione stessa della sua esistenza¹⁶, ebbene è giocoforza ammettere essersi ormai consumata la rottura del rapporto di corrispondenza biunivoca Costituzione-Stato per effetto della proliferazione delle Carte dei diritti in seno alla Comunità internazionale e dell'avvento di organizzazioni sovrastatali create allo specifico fine di salvaguardare la pace e la giustizia tra le Nazioni (e, per ciò stesso, la dignità e i diritti fondamentali della persona umana).

Di qui, appunto, l'esito linearmente discendente dalle premesse teoriche appena enunciate di dover appuntare specificamente la sovranità in capo ai diritti stessi quale forma emblematica di espressione della più ampia "sovranità dei valori", di cui si viene ora dicendo. Il che, poi, equivale a dire che la "sovranità dei poteri", soggettivamente intesa, ha senso se ed in quanto si disponga in funzione servente della "sovranità dei valori" ed in questa, a conti fatti, si riduca e risolva, facendosi apprezzare nella sua dimensione oggettiva (o, meglio, assiologico-oggettiva).

Per l'aspetto adesso considerato, è interessante notare come alla contrazione vistosa patita dalla "sovranità" dello Stato, per la prima accezione, faccia da *pendant* un accrescimento vistoso della "sovranità" nella seconda accezione, dall'appartenenza alla Comunità internazionale e, forse più ancora, all'Unione europea avendosene un complessivo guadagno per i diritti fondamentali e, per ciò stesso, per la Costituzione e l'identità costituzionale dello Stato.

Non è qui possibile – com'è chiaro – far luogo ad una puntuale verifica di quest'ultimo assunto che naturalmente rimanda ad altri luoghi di riflessione scientifica per il suo congruo svolgimento. Credo che però pochi dubbi possano aversi in merito all'esito ricostruttivo appena enunciato. E, invero, troppo lungo sarebbe fare il catalogo dei nuovi diritti il cui riconoscimento ha avuto proprio dalle Corti europee un atto iniziale d'impulso cui hanno quindi fatto seguito ulteriori e ad esso conseguenti svolgimenti in ambito interno¹⁷. È pur vero, però, che le Corti suddette, composte – non si dimentichi – da personale pur sempre attinto dagli Stati, col bagaglio culturale di cui è dotato, dalla varia conformazione a motivo della diversa provenienza dei giudici, hanno fatto naturalmente rife-

¹⁶ ... nonché nella separazione dei poteri lo strumento necessario ad assicurare l'effettivo godimento dei diritti stessi.

¹⁷ È sufficiente anche solo una rapida scorsa ai commentari della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo per averne subito una limpida e particolarmente attendibile testimonianza [v., dunque, tra gli altri, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, Milano, 2017; *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, a cura di A. DI STASI, Milano, 2020.

rimento alle c.d. “tradizioni” costituzionali, in ispecie a quelle qualificate come “comuni” agli Stati, al fine di dare appagamento a bisogni elementari dell’uomo espressivi di veri e propri diritti inviolabili; e seguitano – come si sa – a farvi capo pur dopo la venuta alla luce delle Carte di cui le Corti stesse sono istituzionalmente garanti (e, segnatamente, come si sa, la CEDU e la Carta dell’Unione), i cui enunciati sono pur sempre riletti alla luce del patrimonio culturale che connota la complessiva vicenda del costituzionalismo liberale così come inveratosi nell’esperienza degli ordinamenti che vi si sono ispirati.

È, dunque, fuori centro il rilievo critico mosso da operatori e studiosi preoccupati per le sorti della sovranità dello Stato e della sua identità costituzionale in conseguenza dell’avanzata del processo d’integrazione sovranazionale ovvero per il proliferare delle Carte dei diritti, così come lo è in relazione agli strumenti, viepiù affinati ed incisivi, messi a disposizione delle Corti istituite a garanzia delle stesse¹⁸. Pronta è, infatti, l’obiezione, linearmente discendente dalle notazioni teoriche appena svolte, secondo cui l’unico, vero e costante punto di riferimento deve essere la Costituzione e il patrimonio dei valori fondamentali in essa positivizzati che – come si è venuti dicendo – possono, anzi, risultarne viepiù promossi e salvaguardati proprio grazie all’abbattimento delle mura di cinta entro le quali lo Stato nazionale di un tempo si rinchiudeva in se stesso, assumendo di essere autosufficiente e idoneo, perciò, a dare l’ottimale appagamento ai bisogni maggiormente diffusi ed avvertiti in seno al corpo sociale. Non sono, tuttavia, affetto da un inguaribile ed ingenuo ottimismo al punto di non avvedermi delle non poche né lievi difficoltà alle quali può andare incontro l’affermazione di questo pensiero, nel quale fermamente da tempo mi riconosco, favorevole all’abbandono senza rimpianto dell’antico mito dello Stato nazionale. La montagna dei problemi gravanti su una comunità sempre più in affanno e lasciati insoluti o malamente risolti sia per le dimensioni che gli stessi presentano e sia per la crisi lacerante in cui versa la rappresentanza politica¹⁹ agevola, infatti, il diffondersi e radicarsi di un becero ed esasperato nazionalismo, non di rado frammisto ad

¹⁸ Si pensi, ad es., solo all’animato dibattito, tuttora in corso, attorno al prot. 16 allegato alla CEDU, nel quale peraltro si prefigura una collaborazione in forma meramente consultiva tra le (sole) massime autorità giurisdizionali di diritto interno e la Corte europea. Una previsione, questa, che, contrariamente a ciò che si pensa da parte di autori che ad essa guardano con non celato sospetto o vera e propria avversione, potrebbe parare sul nascere il rischio di deformanti letture della Convenzione e dimostrarsi, perciò, foriera di non pochi benefici per i diritti da questa riconosciuti e per coloro che ne rivendicano la tutela.

¹⁹ Una constatazione, questa, ormai indiscussa, così come lo è il rilievo che a base della scarsa rappresentatività dei rappresentanti stanno vistose carenze nei e dei partiti politici e, di riflesso, del sistema dagli stessi composto, dovute a plurime ragioni la cui illustrazione obbligherebbe questo studio ad una marcata deviazione dal solco entro il quale è tenuto a svolgersi [ragguagli possono, se si vuole, aversi dal mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2021, 124 ss.].

un populismo che peraltro – e la cosa è particolarmente inquietante – connota forze politiche pure schierate su fronti opposti e che si alimenta di *slogan* dotati di facile presa su un uditorio sociale in larga parte non attrezzato culturalmente a resistervi.

Non è, invero, facile lasciar intendere alla gente il messaggio da iniziati secondo cui l'Unione è impegnata da uno dei suoi principi fondamentali, di cui all'art. 4.2, a mantenersi rispettosa dei principi di struttura degli Stati membri (si faccia caso: di *ciascuno* Stato e non soltanto delle “tradizioni costituzionali comuni” a tutti gli Stati), con la conseguenza che questi ultimi non restano di certo sguarniti di tutela in presenza di atti sovranazionali indebitamente compressivi della sfera di competenze ad essi spettante (della loro “sovranità”), potendo anzi far valere le loro ragioni su doppio fronte, sovranazionale (e, segnatamente, davanti alla Corte di giustizia) in primo luogo e, quindi, nazionale, mettendo in campo l'arma dei “controlimiti”.

Tutto ciò posto, è nondimeno innegabile che *ab extra* possono venire (ed effettivamente vengono) vincoli innegabili ed alle volte stringenti. Per un verso, però, essi trovano in larga misura giustificazione nel carattere sempre più pressante dei bisogni in attesa di un appagamento che gli Stati *uti singuli* non sono in grado di offrire loro²⁰, mentre, per un altro verso, ciò che maggiormente importa – come si è venuti dicendo – è il risultato che se ne ha al piano della salvaguardia dei diritti fondamentali.

È, poi, interessante notare che l'accresciuto patrimonio dei diritti, che rinviene nel c.d. “dialogo” tra le Corti (nazionali e non) il terreno fertile da cui incessantemente si alimenta e grazie al quale si arricchisce e rinnova, ha comportato un aggravio d'impegno fattivo e responsabile non soltanto per lo Stato ma anche per le autonomie territoriali in genere. Non è, d'altronde, per mero accidente che proprio dalle Regioni sia venuto e seguiti senza sosta a venire un apporto di non poco momento alla salvaguardia dei diritti fondamentali e, in genere, dei bisogni maggiormente avvertiti dalle comunità stanziate nei territori in cui si articola la Repubblica²¹. È bene tenere a mente questo dato che tornerà prezioso di qui ad un momento, in sede di illustrazione di ciò che le Regioni potrebbero (e dovrebbero) fare, secondo modello, anche in situazioni di emergenza, non mancando di offrire il loro concorso al fine del loro ottimale superamento o, quanto meno, della contrazione dei loro devastanti effetti.

²⁰ È casuale, d'altronde, che proprio laddove le emergenze, come quella sanitaria in atto, si acuiscono e diffondono si invochi a gran voce (anche da parte dei sovranisti ad oltranza...) l'intervento dell'Unione?

²¹ Assai istruttivo al riguardo il quadro offerto dalla corposa ricerca condotta da una nutrita schiera di studiosi, i cui esiti possono vedersi in *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. MORELLI, L. TRUCCO, Torino, 2014; più di recente, utili indicazioni di ordine teorico-ricostruttivo possono aversi da M. BELLETTI, *Legge regionale e diritti*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 2019, 1 ss.

4. *La spinta al “riaccentramento” nella allocazione della sovranità, al piano dei rapporti interordinamentali così come a quello intraordinamentale, e l’esercizio delle competenze all’insegna del principio della integrazione sia per atti che per organi*

Quest’apporto è, tuttavia, ostacolato da un preorientamento duro da rimuovere che porta d’istinto a “riaccentrare” materie e funzioni che, invece, secondo modello, richiederebbero di essere allocate in applicazione del principio di sussidiarietà, in forza del quale – come si sa – gli atti di potere dovrebbero venire a formazione presso sedi istituzionali quanto più possibile vicine al cittadino (e, in genere, alla persona), per mano di organi di apparato specificamente attrezzati allo scopo.

Il *trend* al “riaccentramento” sembra, invero, possedere generale valenza: se ne ha, infatti, riscontro tanto al piano dei rapporti interordinamentali (e, segnatamente, tra Unione e Stati)²² quanto a quello dei rapporti intraordinamentali, laddove peraltro si esprime in forme assai varie per modalità ed effetti sia per quelli che s’intrattengono tra giudici comuni e Corte costituzionale²³ e sia (per ciò che è qui di specifico interesse) a quelli che si hanno tra Stato e Regioni. È una tendenza nel suo insieme deplorabile e irragionevole, nell’accezione propria del termine che ha riguardo – come si sa – alla congruità degli atti rispetto alle

²² ... in relazione al quale un quadro di sintesi è negli scritti dietro già richiamati di P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, G. VOSA.

²³ Basti solo por mente alla tendenza inaugurata da Corte cost. n. 269 del 2017, con riferimento alle tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme della Carta di Nizza-Strasburgo (ed altre norme a questa “connesse”), che ovviamente nulla ha a che vedere con il “riaccentramento” di materie e funzioni sul terreno dei rapporti Stato-Regioni. In generale, sulle sollecitazioni nel verso del “riaccentramento” del sindacato di costituzionalità, specie di recente vigorosamente manifestatesi, v., almeno, AA.VV., *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Seminario del Gruppo di Pisa del 25 ottobre 2019, G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), Napoli, 2020, e AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Seminario AIC del 13 novembre 2020, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2021; v., inoltre, utilmente, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, Bologna, 2020; A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent’anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 659 ss.; E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, Torino, 2020, 243 ss.; G. REPETTO, *Dell’utilità per la Corte di giustizia della priorità dell’incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all’irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziasieme.it), 2021; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2021, 224 ss.; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 2021, nonché, se si vuole, il mio *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l’uso*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2021, 211 ss.

situazioni di fatto che ne sono oggetto di regolazione, alla luce dei valori. E, invero, ancora una volta particolarmente illuminante è la prospettiva assiologicamente connotata i cui esiti ricostruttivi rendono eloquente testimonianza dello squilibrio che viene a determinarsi tra istanze unitarie ed istanze di autonomia. Occorre essere ancora più precisi; e, se è vero che – come si è tentato di mostrare – unità e autonomia sono i due profili di un unico valore fondamentale internamente composito, lo squilibrio è tra le sue due componenti che, poi, fatalmente ridonda negativamente anche a carico dell'altra. È come un corpo umano che cammina su due gambe, ciascuna delle quali ha, sì, una propria identità ma entrambe appartengono alla medesima persona e risultano accomunate dalla funzione ad esse assegnata che è appunto quella di dar modo alla persona stessa di portarsi avanti verso la meta prefissasi. È evidente, dunque, che nessuna delle due può pretendere di correre più veloce dell'altra ma hanno da coordinarsi e procedere di pari passo.

Dueole purtroppo constatare che con l'avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale la spinta al "riaccentramento" si è avvertita, specie in taluni ambiti materiali e in talune circostanze, in modo sensibile, ad entrambi i piani istituzionali sopra indicati, con l'effetto del sostanziale accantonamento dei modelli²⁴. La qual cosa ha determinato – alle volte senza che se ne sia avuta piena consapevolezza – un pregiudizio non da poco per la cura del pubblico interesse.

Per questo aspetto, va subito detto chiaro e tondo che le emergenze si sono prestate (e si prestano) a strumentali e pretestuosi utilizzi, le forze politiche e gli operatori istituzionali, in ambito sia sovranazionale che nazionale, facendovi richiamo a mo' di alibi e di "copertura" di talune vistose carenze dagli stessi denunciate in ordine al governo della cosa pubblica in genere (e, in ispecie, appunto, nel far fronte alle emergenze stesse).

Si tenga poi conto di un dato sovente trascurato anche da sensibili studiosi; ed è che le emergenze – come si è fatto altrove notare – non sono tutte le stesse: malgrado, infatti, il termine sembri evocare fenomeni transeunti di particolare gravità, alcune di esse (come quella climatica o la terroristica) presentano ormai carattere endemico, mentre di altre (e, tra queste, principalmente quella economica) non si è ad oggi in grado di dire con certezza se potranno esserne superati o, quanto meno, temperati in tutta la loro portata i negativi effetti fin qui prodotti o – peggio – se subiranno un ulteriore peggioramento, anche in considerazione delle mutue implicazioni che si intrattengono tra l'una e l'altra emergenza. Quanto, poi, alla pandemia che ad oggi imperversa, gli scienziati così come gli

²⁴ Per ciò che specificamente attiene al piano interno, si rileva non soltanto il superamento in non pochi frangenti del regime duale di autonomia, speciale ed ordinaria, viepiù appiattite e confuse tra di loro in conseguenza dell'emergenza, ma lo svilimento dello stesso regime comune, sì da rivelarsi improprio e persino – direi – beffardo l'utilizzo della qualifica degli enti regionali in termini appunto di enti (*stricto sensu*) autonomi.

uomini di governo si affannano a dire che non dovrebbe durare a lungo, specie per effetto dell'accelerazione della campagna vaccinale in corso. Sta di fatto che le varianti che a getto continuo vengono a determinarsi nel virus, unitamente a comportamenti non sempre responsabili (e, a dirla tutta, a volte scellerati) tenuti in seno al corpo sociale, non ne agevolano di certo il sollecito superamento.

Ora, se fosse corretto il sillogismo secondo cui, laddove si abbia un'emergenza, il fisiologico riparto di materie e funzioni è obbligato a recedere, sì da dar modo alle materie e funzioni stesse di spostarsi sempre più in alto, sarebbe giocoforza concludere che la loro distribuzione secondo modello non ha più, perlomeno per molti ambiti materiali e in relazione a molte competenze, praticamente senso e che, allora, tanto varrebbe far luogo ad una nuova "razionalizzazione" coerente con il contesto in cui s'inscrive²⁵.

In realtà, le cose non stanno affatto così. È bensì vero che alcuni strumenti di regolazione delle dinamiche sociali in genere si presentano inadeguati a far fronte a talune emergenze, in ispecie a quelle che sono attraversate da un moto interno incessante, esibendo connotati almeno in parte diversi da luogo a luogo e – ciò che più importa – cambiandoli di continuo. Emblematica, al riguardo, proprio l'emergenza sanitaria, cui consegue il bisogno di "colorare" di continuo in modo diverso i singoli territori regionali e, per una stessa Regione, anche frazioni di territorio assai ristrette; ed è chiaro che allo scopo non potrebbe provvedersi a colpi di leggi, statali o regionali che siano. I tanto discussi DPCM (e, in ambito locale, le ordinanze di Presidenti di Regione e Sindaci), dei quali peraltro non sempre si è fatto (e si fa) un uso vigilato ed appropriato, sono qui sotto i nostri occhi a dare sicura conferma della inadeguatezza – diciamo così, per eccessiva lentezza – degli strumenti legislativi, a motivo della estrema fluidità e mobilità delle situazioni di fatto bisognose di regolazione. Lo stesso decreto-legge, che pure – come si sa – è lo strumento dotato della maggiore agilità e prontezza d'intervento e del quale, ad ogni buon conto, non si dispone in ambito locale, può essere messo in campo, così come lo è stato e seguita ad esserlo, unicamente fino ad un certo punto, di lì in avanti dovendosi di necessità far ricorso a strumenti idonei a tenere il passo di situazioni di fatto soggette ad accelerazioni ovvero a rallentamenti continui.

È perciò che – come si è già rilevato in altri luoghi e si accennava anche poc'anzi – appare ormai improcrastinabile, a mio modo di vedere, una disciplina costituzionale degli stati di crisi che spiani la via all'adozione degli strumenti in

²⁵ D'altronde, non è casuale che, nel momento in cui l'emergenza sanitaria esplodeva in tutta la sua virulenza e si manifestavano conflitti aspri tra gli operatori istituzionali, da più parti la responsabilità sia stata prontamente fatta cadere in capo alla Costituzione che avrebbe sbagliato nel demandare la salvaguardia della salute alle Regioni e che, perciò, andrebbe sollecitamente corretta.

parola²⁶, corredandola allo stesso tempo di adeguate garanzie, sì da parare sul nascere il rischio che possano aversene indebiti utilizzi²⁷.

Se però, per un verso, si richiedono sostanziali innovazioni in merito agli strumenti, non per ciò si giustifica, a mia opinione, una complessiva alterazione o – peggio – la messa per intero da canto del riparto delle materie al fine di far fronte alle emergenze. Piuttosto, potrebbe prevedersi – questo sì – un parziale mutamento dei titoli di esercizio delle stesse, al ricorrere beninteso di talune condizioni oggettive di contesto bisognose di scrupoloso riscontro e congrua motivazione. Ad es., con riferimento al riparto Stato-Regioni, potrebbe pensarsi a convertire alcune materie per modello assegnate alla competenza esclusiva (*rectius*, residuale) delle Regioni in materie di competenza ripartita o – se del caso – reintrodurre la vecchia potestà attuativa (e, *mutatis mutandis*, qualcosa di analogo potrebbe valere anche al piano dei rapporti tra Unione e Stato). E tuttavia – se ci si pensa – il modello costituzionale presenta una intrinseca duttilità strutturale, sì da potersi piegare ed adattare agevolmente a sopravvenienti esigenze, si abbiano o no per effetto delle emergenze in parola.

Basti solo por mente alle c.d. “materie-non materie” – per riprendere una risalente e felice etichetta coniata da un’accreditata dottrina²⁸ – e, in genere, a talune clausole connotate da singolare ampiezza e flessibilità di dettato, quale quella concernente i non meglio precisati “livelli essenziali” delle prestazioni relativi ai diritti civili e sociali ed altre ancora.

Ad ogni buon conto, a scanso di equivoci ed al fine di parare fin dove possibile improvvisate iniziative e defatiganti *actiones finium regundorum* tra gli attori istituzionali, delle quali peraltro si sono avute (e seguitano ad aversi) poco edificanti testimonianze con la esplosione di frequenti conflitti tra il Governo

²⁶ Maggiori ragguagli su ciò, se si vuole, nel mio *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, Intervento conclusivo dell’incontro di studio dall’omonimo titolo, organizzato da G. DE MINICO, M. VILLONE e svoltosi via *web* il 4 e 5 maggio 2020, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 196 ss., laddove con specifico riguardo ai DPCM si caldeggia il rinvigorimento del ruolo del Capo dello Stato prevedendosi la sottoposizione al suo controllo degli atti in parola. Favorevole ad una disciplina costituzionale degli stati di emergenza, da ultimo, anche D. TRABUCCO, *I «sovrani» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del covid-19*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2021, spec. 369 ss; cfr., ora, I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, spec. 87 ss., ed *in* altresì riferimenti alle soluzioni invalse in altri ordinamenti, e F. GRANDI, *L’art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2021, spec. 125 ss.

²⁷ ... fino a portare all’esito infausto della involuzione autoritaria dell’ordinamento [su di che, per tutti, *Crisi dello Stato e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO, Napoli, 2020, e M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all’autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2021, 91 ss.].

²⁸ Il riferimento – com’è chiaro – è ad A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 2003, 15 ss., spec. 21 ss.

ed i Presidenti di Regione ed i Sindaci, è consigliabile – come si viene dicendo – mettere nero su bianco chi e come debba provvedere in situazioni di emergenza, sì da arginare per quanto possibile l’ormai endemico disordine di cui si ha sicuro riscontro nel sistema delle fonti²⁹.

Solo un paio di indicazioni di ordine metodico sento al riguardo di potere ora dare, prima di chiudere la succinta riflessione fin qui svolta: per un verso, di non riproporre la “logica”, che un’esperienza ormai consolidata ha dimostrato essere perdente, della separazione delle competenze (e, di riflesso, degli atti) in ragione degli ambiti materiali oggetto di regolazione, puntando piuttosto risolutamente alla loro integrazione, e, per un altro verso, di tenere per quanto possibile fermo il modello costituzionale connotato da discipline positive per gradi decrescenti di generalità, un modello ancora una volta idoneo ad affermarsi a tutto campo e per ogni livello istituzionale. E così l’Unione dovrebbe far luogo a discipline essenzialmente *per principia*, rimettendosi quindi agli Stati per i loro opportuni svolgimenti con specifico riguardo agli ambiti materiali per i quali questo schema non è ad oggi previsto³⁰; uno schema, poi, che, con i dovuti adattamenti, dovrebbe quindi riprodursi anche in seno agli stessi Stati: al centro spettando l’adozione di discipline esse pure connotate da ampiezza di dettato, restando quindi demandata alla periferia la loro specificazione-attuazione in ragione dei peculiari connotati di ciascun territorio³¹.

²⁹ In tema, tra i molti che ne hanno variamente trattato, di recente e con specifico riguardo al quadro delineatosi in conseguenza della emergenza sanitaria in atto, v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, 109 ss.; nella stessa *Rivista*, S. STAMANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, 2020, 531 ss., e A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, 2020, 558 ss.; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, 513 ss.; i contributi ospitati dal fasc. spec. 2020 dell’Oss. fonti (www.osservatoriosullefonti.it) su *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, e gli altri al seminario AIC su *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali* del 4 dicembre 2020 di I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2021, 98 ss., e, pure *in*, V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento – Governo nel tempo della pandemia*, 2021, 268 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, 2021, 384 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, 2021, 400 ss.; M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, 443 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, 2021, 64 ss.; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, 2021, 143 ss.; R. MANFRELOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, 2021, 226 ss.; T.E. FROSINI, *Le Regioni colorate e differenziate: come combattere la pandemia nei territori?*, Editoriale, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 2021, 281 ss., e, nella stessa *Rivista*, L. LEO, *L'ascesa delle ordinanze regionali ai tempi del Covid-19*, 2021, 287 ss.

³⁰ Ovviamente, questa indicazione richiede, al fine di potersi affermare, di esser fatta propria dai *partners* europei e dagli organi direttivi dell’Unione; sono, ad ogni buon conto, fiducioso che, perlomeno in alcuni ambiti materiali, possa affermarsi.

³¹ Non sembra conformarsi al modello ora illustrato Corte cost. n. 37 del 2021 che ha

Vengono in tal modo a prendere forma “catene” di atti normativi – come le si è altrove chiamate –, frutto di uno sforzo corale prodotto a plurimi livelli istituzionali e convergente verso un fine comune a tutti gli elementi della serie; e viene, perciò, alla luce, accanto agli effetti imputabili ai singoli atti, un effetto unico proprio di ciascuna “catena”, apprezzabile solo *ex post*, una volta conclusosi il processo di produzione giuridica e centrato, sia pure a volte solo in parte, l’obiettivo avuto di mira.

L’integrazione per atti, ad ogni buon conto, non basta; ancora di più e di meglio può aversi – come si fa notare da tempo³² – da una *integrazione per organi*, fermo restando che l’una ha bisogno dell’altra, tenendosi e dandosi mutuo sostegno. Penso, in particolare, per ciò che concerne l’ambito interno, sia alla “razio-

invece riproposto una lettura del quadro costituzionale, segnatamente nella parte in cui assegna alla esclusiva competenza dello Stato la materia della “profilassi internazionale”, tale da non lasciare, in buona sostanza, spazio alcuno per interventi regionali neppure in forma meramente attuativa di quelli statali. Come si viene dicendo, un modello siffatto si dimostra essere, oltre che non in linea con precedenti indirizzi [secondo quanto è stato prontamente rilevato da G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *La Cost.info* (www.laCostituzione.info) 2021], a mia opinione, perdente [sulla pronuncia *de qua*, v., inoltre, i commenti di V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale? Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2021, 415 ss.; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 2021, 10 ss.; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2021, 329 ss.; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2021; G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quad. cost.*, 2021, 2021, 87 ss.; M. GOLA, *Pandemia, Stato e Regioni: quando la 'materia' non basta (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 2021, e R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 2021, 419 ss.]. E, d'altronde, nulla esclude che, ove lo Stato arretri limitandosi a dare normative essenziali anche nelle materie sue proprie, possano quindi ad esse legarsi ulteriori discipline in forma attuativa adottate in ambito locale e riferite ad altre materie di sicura spettanza degli enti territoriali minori. L'intreccio delle materie è infatti assai fitto ed esteso e praticamente ciascuna di esse si salda alle restanti, tant'è che assai di frequente la giurisprudenza, al fine di assegnare le singole discipline a questo o quell'ambito, fa ricorso – come si sa – al criterio della prevalenza.

³² Sui raccordi Stato-Regioni, indicazioni in R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*, Milano, 2018; F. COVINO, *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2018; E. GIANFRANCESCO, *Dimensione garantista e dimensione collaborativa nel disegno costituzionale dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2019, 193 ss.; B. GUASTAFERRO, *Autonomia sovranità rappresentanza. L'evoluzione della forma di Stato in Italia e Regno Unito*, Milano, 2020, spec. 107 ss.; A. PAIANO, *Forme di raccordo fra Stato e autonomie territoriali: il principio di leale collaborazione e il sistema delle Conferenze*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2020, 227 ss.; C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2021, 283 ss.

nalizzazione” in Costituzione del sistema delle Conferenze, in linea peraltro con una iniziativa al riguardo avanzata³³, e sia pure alla introduzione della Camera delle Regioni, della quale pure – com’è noto – si discorre da tempo senza tuttavia costruito alcuno, quanto meno per l’istante a dare finalmente attuazione all’art. 11 della legge di riforma del 2001. Trovo al riguardo francamente singolare e metodicamente discutibile che pur avveduti studiosi sconsiglino di farvi luogo, vale a dire che valutino positivamente la perdurante inerzia di chi avrebbe da tempo dovuto senza ulteriori indugi attivarsi in tal senso³⁴. Ho infatti sempre pensato che se un disposto normativo, foss’anche costituzionale, si considera sbagliato, la via piana da battere sia quella di rimuoverlo con le procedure allo scopo previste, non già l’altra di tenerlo in uno stato di perenne sospensione che – a tacer d’altro – alimenta vistose divergenze di lettura, gravi equivoci e contrastanti aspettative, ovvero di farne oggetto di modifiche tacite messe in atto a mezzo di interpretazioni “correttive” o, diciamo pure, sananti, che nondimeno non di rado si hanno (anche da parte del massimo garante della legalità costituzionale che ha, in buona sostanza, riscritto praticamente in ogni sua parte il dettato della Carta).

Dal mio canto, da tempo mi sono dichiarato dell’idea che le prime due novità ora menzionate non debbano vedersi come reciprocamente alternative, avendosi piuttosto bisogno di raccordi centro-periferia a tutto campo, anche al fine di fugare il rischio di squilibri nella forma di governo sia dello Stato che della Regione, conseguenti alla valorizzazione del ruolo, rispettivamente, delle assemblee elettive e degli esecutivi quali “luoghi” privilegiati di raccordo centro-periferia. Convengo, però, che la stagione presente non sembra essere particolarmente benigna per entrambe, di sicuro per la seconda (specie dopo l’infausto tentativo al riguardo posto in essere dal Governo Renzi) e temo anche per la prima.

Si vedrà.

Ad ogni buon conto, conviene senz’altro puntare per l’istante sulla *integrazione per atti*, in linea con le indicazioni di ordine metodico-teorico sopra date. È pur vero, nondimeno, che il carattere necessariamente stringato degli enunciati costituzionali, suscettibili di aprirsi a raggiera a plurimi significati (e, per ciò stesso, a controversie interpretative), avvalorava viepiù l’idea di accompagnare le indicazioni relative ai procedimenti di produzione giuridica con la previsione dei “luoghi” istituzionali nei quali possa aversi il confronto diretto tra gli operatori politici e prendere forma la ricerca di soluzioni fin dove possibile concilianti, come tali idonee a prevenire sul nascere la esplosione di quei conflitti ai quali si faceva poc’anzi cenno. Restano, poi, ovviamente, in ultima istanza pur sempre battibili le vie che portano alla composizione delle controversie in sede giuri-

³³ Ne sollecita da tempo l’adozione una sensibile dottrina, senza peraltro riuscire a far arrivare la propria voce alle sedi istituzionali che dovrebbero prestarvi ascolto.

³⁴ Riferimenti nello scritto di C. CARUSO, cit., spec. 313 ss.

sdizionale; talune vicende che hanno avuto questo sbocco testimoniano che il rimedio giurisdizionale costituisce comunque una risorsa spendibile anche in situazioni di emergenza³⁵. E, tuttavia, queste ultime sollecitano a mettere in campo e ad attivare meccanismi di natura diversa, idonei a consentire di pervenire – come si diceva – ad una composizione bonaria e preventiva dei conflitti, sì da dar modo agli organi della direzione politica di poter provvedere con la necessaria tempestività a fronteggiare le situazioni stesse.

5. *Una succinta notazione finale: l'alibi dell'emergenza e lo strumentale richiamo ad esso fatto a giustificazione della mancata affermazione sia della sovranità che dell'autonomia*

In conclusione, il timore che sento qui di rinnovare è che le emergenze possano essere strumentalmente utilizzate a mo' di alibi da operatori politico-istituzionali che hanno fin qui fatto un uso inadeguato dei modelli, in sede sovranazionale come pure – per ciò che maggiormente importa – in sede interna, distorcendoli e traducendoli nel corso di pur oscillanti esperienze in immagini deformate e, a conti fatti, irricognoscibili rispetto agli originari disegni. Né sovranità né autonomia, dunque, al tirar delle somme, hanno avuto modo di affermarsi e farsi apprezzare da larghi strati del corpo sociale che, non a caso – si presti attenzione –, sente sempre di più rispetto a sé lontane, aliene, le sedi di apparato, quale che sia il livello istituzionale al quale operano, e le forze politiche che le incarnano, sollecitate peraltro a sgravarsi delle proprie carenze e responsabilità imputandole alla Costituzione (e, nella dimensione sovranazionale, ai trattati); ciò che in parte (ma solo in parte) – come si è, ancora da ultimo, fatto notare – racchiude in sé un fondo di vero e richiede pertanto urgenti interventi correttivi. Come si rileva da tempo e da molti, in particolare, è ormai andata, a conti fatti, smarrita la responsabilità politica, per effetto della sua desoggettivizzazione ed incapacità di farsi – come si deve – valere; ed a pagarne il costo, gravosissimo e francamente insopportabile, sono poi, a conti fatti, la Costituzione e i diritti fondamentali in essa riconosciuti.

³⁵ V., ad es., TAR, Emilia-Romagna, Sez I, 15 gennaio 2021, che ha sospeso l'efficacia di un'ordinanza del Presidente della Giunta regionale concernente lo svolgimento dell'attività didattica nelle scuole di secondo grado.

Abstract

Lo scritto rileva alcune aporie di costruzione rinvenibili nel modello teorico di sovranità ed autonomia ormai affermatosi, usualmente viste come espressive di valori in reciproco conflitto, anziché – come sarebbe giusto – quali i due profili di un unico, internamente articolato valore fondamentale. Mette quindi in evidenza le più salienti vicende registratesi negli spostamenti di quote consistenti di potere dallo Stato all'Unione europea e dalle Regioni allo Stato e l'incidenza al riguardo esercitata dalle situazioni di emergenza che hanno portato ad una complessiva alterazione del disegno costituzionale, cui è assai arduo porre rimedio.

Sovereignty and Regional Authonomy, from the Constitutional Model to the Times of Emergency (first considerations)

by Antonio Ruggeri

The essay highlights some structural aporias in the current theoretical model of sovereignty and autonomy that are usually seen as expressive of values in mutual conflict, rather than - as it would be preferable - the two facets of a single, internally articulated fundamental value. It therefore highlights the most important events recorded in the movements of substantial shift of power from the State to the European Union and from the Regions to the State and the impact on this process of emergency situations which have led to an overall alteration of the constitutional framework, which seems very difficult to remedy.

L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo

di Franco Gaetano Scoca*

SOMMARIO: 1. Invalidità senza nullità. – 2. La nullità diventa una forma di invalidità. – 3. L'intervento del legislatore nel 2005. – 4. Il trattamento della nullità secondo il codice processuale. – 5. Nullità, decadenza, inoppugnabilità. – 6. L'asimmetria della disciplina. – 7. La rilevabilità d'ufficio. – 8. Dubbi di legittimità costituzionale. – 9. Sul difetto assoluto di attribuzione. – 10. Nullità e conferenza di servizi. – 11. Sulla mancanza degli elementi essenziali. – 12. L'Adunanza plenaria del 2020 e il diverso trattamento della nullità. – 13. Due figure di nullità? – 14. Considerazioni critiche conclusive.

1. *Invalidità senza nullità*

È arcinoto che lo stato viziato della nullità non appartenga alla disciplina originaria e tradizionale della invalidità del provvedimento amministrativo¹: per oltre un secolo, fino alle note sentenze dell'Adunanza plenaria del 1992², il solo tipo di invalidità, o, meglio, di stato viziato, positivamente sussistente era l'annullabilità. Le disposizioni di legge che, nelle materie di diritto amministrativo, comminavano espressamente la nullità, anche se il termine era accompagnato dalla formula rafforzativa “di pieno diritto”, o dalla indicazione esplicita della improduttività degli effetti, venivano costantemente intese dalla giurisprudenza come imprecisi riferimenti allo stato viziato della annullabilità³. La dottrina, in

* Saggio non sottoposto a referaggio.

¹ In alcune decisioni del Consiglio di Stato, emesse nei primi anni dello scorso secolo si utilizza il termine nullità, ma il sistema della invalidità del contratto nel codice civile del 1865 era molto diverso dall'attuale: la nozione di nullità era vicina alla nozione attuale di annullabilità. La tesi dell'inammissibilità della nullità è chiaramente esposta in Cons. Stato, Sez. IV, 3 ottobre 1911: «de leggi sulla giustizia amministrativa esigono che il ricorso sia prodotto entro un dato termine, e che nel ricorso si specifichino i motivi di gravame, il che fa intendere agevolmente che un mezzo proposto oltre quel termine sia irricevibile. Ora se le leggi di procedura accennano a nullità radicali di atti rilevabili anche d'ufficio, non è consentito generalizzare ed estendere le singolari norme del diritto giudiziario agli atti delle pubbliche amministrazioni, soggette a un diritto speciale amministrativo, in particolare alla legge comunale, in cui norme ispirate all'ordine pubblico formano la regola, d'onde si verrebbe alla conseguenza esorbitante che la massima parte delle violazioni di norme amministrative, dettate appunto dal pubblico interesse, sarebbero in qualunque tempo denunciabili, mettendo così quasi nel nulla l'efficacia dei termini stabiliti per ricorrere».

Espone attentamente l'evoluzione delle forme della invalidità del provvedimento, N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 855 ss.

² Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, nn. 1 e 2; 5 marzo 1992, n. 5 e n. 6; 9 settembre 1992, n. 10.

³ Esempi di disposizioni che comminano la nullità: art. 325, t.u. com. prov. 4 febbraio 1915,

particolare dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, teorizzava che il provvedimento amministrativo illegittimo, qualunque fosse il "grado" del vizio, era sempre e solo (non poteva essere altro che) annullabile⁴.

Per quel che in questa sede interessa, possiamo dare per pacifico che, fino al 1992, l'annullabilità era considerata unanimemente, tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza, il solo stato viziato, che conseguiva alla illegittimità del provvedimento⁵.

Tale disciplina della invalidità del provvedimento aveva un doppio fondamento, da un lato poggiava su (o si ricavava da) disposizioni di legge, dall'altro era coerente con la natura e la funzione del provvedimento.

Sotto il primo profilo, si riteneva che, avendo la legge attribuito al giudice della legittimità il solo potere di annullamento, fosse naturale (anzi fosse implicazione necessaria) che, sul piano del diritto sostanziale, il provvedimento dovesse considerarsi, in presenza di qualsiasi vizio di legittimità, sempre e soltanto annullabile⁶.

n.148 («sono nulle di pieno diritto le deliberazioni prese in adunanze illegali e sopra oggetti estranei alle attribuzioni del consiglio o se si son violate le disposizioni delle leggi»); art. 288, t.u. com. prov. 3 marzo 1934, n. 383 (che dichiarava nulle le deliberazioni prese in adunanze illegali, o adottate sopra oggetti estranei alle attribuzioni degli organi deliberanti, o che contengano violazioni di legge); art. 12, d.l. CPS 4 aprile 1947, n. 207 (sulle assunzioni non di ruolo); art. 11, d.P.R. 11 gennaio 1956, n. 16 («l'assunzione di impiegati senza il concorso previsto dal presente decreto per le singole carriere è nullo di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione, salva la responsabilità personale dell'impiegato che vi ha provveduto»); art. 3., co. 6, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 («salve le eccezioni previste nel presente decreto, l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce nessun effetto a carico dell'Amministrazione, ferma restando la responsabilità dell'impiegato che vi ha provveduto»); art. 5, co. 18, d.l. 10 novembre 1978, n. 702. Sono state queste ultime disposizioni, relative alla costituzione dell'impiego pubblico, a cagionare il *revirement* del 1992.

⁴ A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 125 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Napoli, 1990, 104; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 299 ss. A. PIRAS, voce *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1972, 599 ss. Più recentemente, per tutti, F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, 95 ss.

⁵ Salvi i casi di casi gravissimi, che la Corte di cassazione considerava ipotesi di inesistenza del provvedimento. Cfr. R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Torino, 1990; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2009, 51 ss. Di recente A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.* 2013, 269 ss., spec. 279 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 385 ss.; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invalidità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, vol. I, 577 ss.

⁶ È sufficiente rinviare alla esposizione di A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, 799 ss., che, citando l'art. 3 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, l'art. 26 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1154, recante il testo unico sul Consiglio di Stato, e l'art. 2 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 sui Tribunali amministrativi regionali, ossia tutti i testi normativi concernenti i

Sotto il secondo profilo, l'annullabilità, consentendo, a differenza della nullità⁷, che il provvedimento illegittimo produca i suoi effetti fino al (l'eventuale) annullamento, e che i suoi effetti si consolidino rapidamente con la inoppugnabilità, appariva (ed ancora appare) lo stato viziato maggiormente coerente (anzi il solo coerente) con la "missione" del provvedimento, la cura tempestiva e assidua dell'interesse pubblico⁸; l'annullabilità era (ed è) lo "stato naturale della fattispecie invalida"⁹.

Si può aggiungere, a conforto di questa tesi, che una sola forma di invalidità, ossia un solo stato viziato, si armonizza appieno con l'esistenza di una sola, sia pure ampia e articolata, "causa" di invalidità, di un solo (per quanto multiforme) vizio, ossia la illegittimità del provvedimento, la sua difformità dalla legge: le specie di vizi comunemente conosciuti, la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere, non sono altro che modi di presentarsi della illegittimità¹⁰.

poteri del giudice amministrativo, afferma che «da tali poteri [...] risulta che il tipo di invalidità che inerte ai provvedimenti illegittimi sia la loro annullabilità: perché quei poteri sono tipicamente annullatori». A chiarimento aggiunge che, «in questa prospettiva storica, sembra più plausibile che sia stato dal contenuto di tali poteri annullatori, spettanti alla giurisdizione amministrativa, che sia stata ricavata la soluzione sul piano sostanziale, relativa al tipo di invalidità dei provvedimenti sindacabili specialmente in quella sede: la loro annullabilità, appunto, per quanto mai esplicitata come tale dal legislatore» (800).

⁷ Sulla efficacia del provvedimento annullabile e l'inefficacia del provvedimento nullo occorrerà soffermarsi. Mi permetto, comunque, di rinviare al mio *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 165 ss.

⁸ Secondo G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 303, le ragioni della preferenza per l'annullabilità, risalente a suo giudizio alle scelte effettuate nel 1865, si trovano nel temperamento delle «ragioni del cittadino con quelle dell'amministrazione: conferendo al primo il potere di impugnare l'atto illegittimo ma mantenendo nel contempo l'efficacia di quest'ultimo sino a quando l'amministrazione e poi (1889) il giudice eventualmente adito (e soltanto nel caso che sia stato adito) non abbia accertato l'invalidità e disposto di conseguenza l'annullamento». Si può richiamare anche l'insegnamento di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 536 ss., che ritiene che il diritto positivo abbia scelto il modo della equiparazione alla fattispecie valida per disciplinare la (diversa) fattispecie del provvedimento invalido; per cui anche quest'ultimo è efficace al pari del provvedimento valido. A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, cit., 104-105, prende atto che «il nostro sistema conosce una sola forma di invalidità degli atti amministrativi», dato che «l'unica conseguenza che all'atto amministrativo derivi dal non essersi uniformato all'ordinamento è presso di noi l'annullabilità».

⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, punto 10.1 della motivazione. La giurisprudenza, prima del 1992, aggiunge la sentenza citata, «riteneva che non può aversi nullità se legittimati a chiedere l'annullamento giudiziale o in autotutela sono solo i partecipanti al procedimento, se l'azione va proposta in brevi termini di decadenza, se il vizio non è rilevabile d'ufficio e se infine il provvedimento viziato è sanabile».

¹⁰ La illegittimità non può definirsi come la difformità rispetto alla fattispecie normativa. Sarebbe una definizione troppo ristretta. La difformità dalla legge riguarda, infatti, non solo la fattispecie, ma qualsiasi elemento di fatto; in particolare, per quel che riguarda il tema qui trattato, ogni elemento della dinamica giuridico-amministrativa.

Sottolineo che, a mio parere, la disciplina della invalidità del provvedimento è diversa¹¹, più semplice e, insieme, più ampia¹², di quella del negozio giuridico: mentre quest'ultima, per essere il negozio esercizio di un potere di ordine generale e, entro i limiti del lecito, incondizionato (l'autonomia privata), deve necessariamente riguardare tanto aspetti strutturali (sussistenza dei "requisiti" o elementi essenziali) quanto aspetti funzionali (liceità della causa), la disciplina relativa al provvedimento, essendo questo esercizio, interamente disciplinato dalla legge, di poteri puntuali, può limitarsi a considerare, sotto il profilo della invalidità, soltanto lo svolgimento del procedimento e la funzione del provvedimento, tralasciando gli aspetti strutturali¹³. E, attenendo quasi esclusivamente ai profili funzionali, può tener conto ed ispirarsi, avvicinandosi in questo alla disciplina della invalidità degli atti processuali, al criterio del raggiungimento dello scopo.

Sta di fatto – ed è questo che rileva in questa sede – che fino al 1992, pertanto per oltre un secolo, il provvedimento amministrativo, grave o meno grave che ne fosse il vizio di legittimità, era solo e sempre annullabile; mai nullo¹⁴.

Occorre, a questo proposito, avvertire che la carenza di potere (in astratto), introdotta dalla Cassazione negli anni Quaranta del secolo scorso, atteneva unicamente al tema del riparto di giurisdizione, aveva cioè un rilievo solo processuale; e, se proprio, per ragioni sistematiche, doveva inserirsi nel quadro della patologia degli atti amministrativi, l'opinione prevalente era nel senso che desse luogo ad inesistenza, piuttosto che a nullità¹⁵.

2. *La nullità diventa una forma di invalidità*

Il primo grande sovvertimento della disciplina tradizionale e consolidata si è avuto, come già accennato, nel 1992, per opera della giurisprudenza, su sollecitazione dell'opinione politico-amministrativa del momento, che non vedeva

¹¹ L'anormalità del provvedimento è sufficientemente rappresentata dalla illegittimità; la nozione di validità non sembra necessaria. La si usa per tradizione, ma il suo significato corrisponde a quello di illegittimità.

¹² V. in questo senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2016, 464-465.

¹³ Il provvedimento amministrativo «viene emanato nell'ambito di un procedimento rigorosamente disciplinato e che costituisce la forma necessaria dell'azione tendenzialmente unilaterale, ancorché sempre più spesso partecipata, del potere amministrativo. Quest'ultimo si apre, prosegue e si chiude all'insegna del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico datogli in attribuzione dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo» (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, punto 11.1 della motivazione).

¹⁴ L'ordinamento amministrativo, sottolinea Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22 (punto 11 della motivazione), ha funzionato senza mai avvertire la mancanza della nullità.

¹⁵ Su questo evento, e sulla sua rilevanza, v. N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 859 ss.

di buon occhio l'interpretazione riduttiva delle disposizioni che comminavano espressamente la nullità, in particolare, la nullità delle assunzioni nell'impiego pubblico fatte in violazione di legge (senza concorso).

L'Adunanza plenaria, con le decisioni già citate, dichiarando espressamente di voler modificare il suo precedente orientamento, costantemente osservato nella interpretazione delle disposizioni comminative di nullità, ha giustificato l'inversione di tendenza in vari modi, con riferimento, tuttavia, alla particolare materia dell'impiego pubblico¹⁶; e quindi in modi non rilevanti in via generale. Ma il nuovo orientamento si è esteso pacificamente a tutte le nullità espressamente previste da qualsiasi legge in qualsiasi materia¹⁷.

È questo il momento (e il modo) in cui la disciplina della invalidità del provvedimento amministrativo si "arricchisce" della nullità, della nullità testuale; nullità – si badi – in senso tecnico, interamente conforme alla nullità disciplinata dal codice civile; pertanto «imprescrittibile, insanabile e rilevabile d'ufficio»¹⁸.

Nullità, quindi, che esclude radicalmente e definitivamente l'efficacia del provvedimento che ne sia affetto: *quod nullum est, nullum producit effectum*; e si contrappone, per questo aspetto, di determinante rilievo, alla annullabilità; la quale, almeno in diritto amministrativo¹⁹, convive con l'efficacia del provvedimento, fino all'(eventuale) annullamento, efficacia che si consolida rapidamente mediante l'istituto della inoppugnabilità.

È ovvio che l'ingresso nel diritto positivo della categoria della nullità abbia suscitato l'attenzione della dottrina, che vi ha dedicato alcune notevoli mono-

¹⁶ La nullità comminata per le assunzioni illegittime «non corrisponde a certe remote formule normative impiegate per generiche violazioni di legge di ogni tipo e "tradotte" dalla giurisprudenza in termini di illegittimità. [...] Non sembra dubbio che il legislatore, consapevole del principio generale dell'imperatività dei provvedimenti amministrativi e di quella sua specie che è l'esecutività, abbia inteso derogarvi in casi particolari, con norme di stretta interpretazione, sancendo la nullità assoluta, la radicale improduttività di effetti, cioè l'inidoneità a costituire rapporti di pubblico impiego, dei provvedimenti in questione» (Cons. Stato, Ad. plen., n. 2 del 1992).

¹⁷ Ad esempio, in tema di proroga degli organi collegiale, in base agli artt. 3 e 6 del d.l. 16 maggio 1994, n. 293, conv. nella l. 15 luglio 1994, n. 444.

¹⁸ Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 1992.

¹⁹ In linea generale la dottrina (non solo privatistica) ritiene che anche l'annullabilità determini l'inefficacia; e qualifica la produzione degli effetti fino all'annullamento come efficacia precaria e provvisoria. Va tuttavia sottolineato che la efficacia del provvedimento amministrativo prescinde, per prodursi, dalla sua validità: gli effetti intervengono pienamente anche se il provvedimento è annullabile (arg. ex art. 21-bis, l. n. 241 del 1990): il provvedimento annullabile è efficace ed esecutivo, alla pari del provvedimento valido; e la efficacia diventa definitiva, nonostante la illegittimità, al momento in cui il provvedimento non è più annullabile, per inoppugnabilità ovvero per la scadenza del termine per essere annullato d'ufficio. Voglio dire, in altri termini, che è più corretto ritenere che sia l'annullamento, ove intervenga, a far cessare l'efficacia, sia pure *ex tunc*, piuttosto che ritenere che il provvedimento annullabile sia inefficace e che l'annullamento non fa che rendere palese la sua inefficacia. D'altronde la tesi della inefficacia dell'atto annullabile non si raccorda col carattere costitutivo dell'annullamento.

grafie; nelle quali, da un lato, ne ha denunciato la problematicità, e, dall'altro, si è impegnata ad approfondirne la nozione e a fornirle, per quanto possibile, l'armonico inserimento nel sistema delle invalidità del provvedimento amministrativo²⁰.

3. *L'intervento del legislatore nel 2005*

La strada aperta dalla giurisprudenza è stata ampliata, all'inizio di questo secolo, dal legislatore; il quale, nel meritorio intento di dettare, almeno in parte, la disciplina generale del provvedimento, ha ritenuto di inserire in quel quadro anche una disposizione sulla nullità: l'art. 21-*septies* della legge sul procedimento²¹.

Alla nullità testuale («casi espressamente previsti dalla legge»), inserita nel sistema già nel 1992, la legge ha aggiunto la nullità strutturale, determinata dalla mancanza degli elementi essenziali; resta viceversa esclusa la nullità virtuale, come poi sarà chiarito dalla giurisprudenza, che ha mantenuto la violazione di legge tra i vizi che determinano l'annullabilità²²; sono state inoltre previste due ipotesi, tipicamente attinenti a temi amministrativistici, l'una inerente al (la natura del) provvedimento, atto di esercizio di un potere puntuale (il difetto assoluto di attribuzione), l'altra attinente all'azione di ottemperanza (la violazione o elusione del giudicato)²³.

²⁰ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; M.R. SPASIANO, *Commento all'art. 21-septies*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 551 ss.; C. VARRONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 543 ss.; D. CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. II, Padova, 2007, 51 ss.; G. TROPEA, *Considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento amministrativo nullo*, in *www.giustamm.it*, 2007; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità*, cit.

²¹ Ciò avveniva nel 2005, con l'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 205.

²² Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498: «le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso, così come peraltro già ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173; Sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845). Pertanto, le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c.d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione. Quindi esse si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza, a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo».

²³ Resta attuale il pensiero di R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 385, secondo cui la nullità dei provvedimenti violativi o elusivi del giudicato appare «soltanto una formula vuota utilizzata per giustificare l'abbandono della (supposta) regola per cui il giudizio di ottemperanza sarebbe impedito dalla necessità di rispettare il termine di decadenza al fine di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici». Infatti, argomenta Villata, «nullità significa inidoneità a produrre effetti,

A prescindere dalla nullità strutturale, che pone problemi particolari, il legislatore del 2005 ha identificato come figure di nullità ipotesi estreme di illegittimità, che, secondo l'impostazione precedente, già comportavano la inefficacia del provvedimento, e rilevavano, l'una, ai fini del riparto della giurisdizione (il difetto assoluto di attribuzione, corrispondente alla carenza di potere in astratto, che, secondo la Cassazione, determinava l'inesistenza)²⁴; l'altra, ai fini della proponibilità dell'azione di ottemperanza (la nullità, in questo caso, era un modo – necessario? – per giustificare che il provvedimento non divenisse inoppugnabile alla scadenza del termine per far valere la illegittimità degli atti compiuti dall'amministrazione dopo il giudicato di cognizione).

I problemi sollevati dalla nullità strutturale sono difficili da risolvere, non tanto perché nessuna disposizione di legge stabilisce quali siano gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo²⁵, ma soprattutto perché la rilevanza accentuata conferita a tali elementi si scontra con la concezione stessa del provvedimento come atto di esercizio di potere puntuale, diretto alla soddisfazione di interessi pubblici predeterminati; concezione che implica che il provvedimento, non appena sia riconoscibile come tale, ossia come fattispecie tipica di atto autoritativo, anche se carente di alcuni elementi strutturali, sia considerato efficace, idoneo a produrre effetti, salva la sua annullabilità²⁶.

ma l'atto in contrasto con la statuizione puntuale del giudicato disciplina comunque la fattispecie sino all'intervento [...] del giudice». Anche per M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1001, «il caso della nullità per violazione ed elusione del giudicato si presenta sicuramente eccentrico nel contesto dell'art. 21-septies».

²⁴ Secondo il consolidato orientamento della Cassazione, risalente alla fine degli anni Quaranta, il provvedimento adottato in carenza di potere in astratto, non comportando, perché inefficace, l'estinzione del diritto soggettivo, restava nella giurisdizione del giudice ordinario. La Cassazione preferiva, in questo caso, riferirsi alla categoria della inesistenza, forse in modo non del tutto teoricamente corretto. In questo modo tendeva, a mio avviso, a rispettare la regola della unica forma di invalidità.

²⁵ Non è difficile per dottrina e giurisprudenza stabilire, ove fosse utile, quali elementi debbano considerarsi essenziali. Ma, per la impostazione prevalentemente funzionalistica della disciplina della fisiologia e della patologia del provvedimento amministrativo, e, più in generale, dell'azione amministrativa, la determinazione degli elementi costitutivi non è strettamente necessaria.

Sugli elementi costitutivi, oltre la letteratura manualistica, v. N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 862 ss.; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, Torino, 2017, 221 ss., e per la nullità per carenza degli elementi costitutivi, 399 ss.; M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 326 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 186 ss.

²⁶ Si pensi alla motivazione, che, secondo la legge, costituisce un elemento essenziale, indefettibile, del provvedimento (art. 3, l. n. 241 del 1990), la cui mancanza viene pacificamente considerata dalla giurisprudenza vizio di annullabilità. Altrettanto è da dire per la mancanza della causa (per coloro che ritengono che la causa sia un elemento essenziale del provvedimento

Va posto in rilievo che la (nuova) disposizione legislativa si limita ad indicare le ipotesi di nullità, o, con maggiore precisione, i vizi che la determinano²⁷, ma non si occupa affatto del regime di tale forma di invalidità, non precisa in cosa la nullità consista e quali conseguenze comporti: in altri termini, non precisa se si tratti di una nullità conforme alla (o diversa dalla) nullità disciplinata dal codice civile²⁸.

Per cui, nel silenzio della legge, si era²⁹ consolidata l'idea che la nullità del provvedimento amministrativo fosse il medesimo viziato della nullità del negozio giuridico, e comportasse, oltre la inefficacia³⁰ e la insanabilità dell'atto, la imprescrittibilità della relativa azione, l'ampia legittimazione a promuoverla («chiunque vi ha interesse»), e il potere, anzi il dovere, del giudice di rilevarla d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

Contemporaneamente, salvo qualche comprensibile incertezza³¹, giurisprudenza e dottrina hanno affermato il carattere tassativo delle ipotesi di nullità, evitandone l'interpretazione estensiva³²; e quindi riducendo la nullità a rilevanza tutto sommato marginale, almeno dal punto di vista pratico³³. A me sembra che questo atteggiamento, di forte contenimento delle ipotesi di nullità, confermi che lo stato viziato confacente alla natura e alla funzione del provvedimento amministrativo, coerente – se si vuole – con le caratteristiche proprie della dinamica amministrativa, resti l'annullabilità.

In definitiva, nel 2005, con la legge n. 205, entra a pieno titolo nel diritto positivo la categoria concettuale della nullità, disciplinata secondo il regime dise-

amministrativo): Cons. Stato, Sez. IV, 25 febbraio 2021, n. 1629, secondo cui «da mancanza della causa, intesa come carenza dell'interesse pubblico che dovrebbe perseguire il provvedimento, configura [...] un ordinario vizio di legittimità». Assai indicativo è anche l'orientamento giurisprudenziale relativo ai provvedimenti carenti di firma: essi vengono ritenuti validi (né nulli, né annullabili) se possa dedursi in qualsiasi modo quale sia l'autorità da cui sono adottati.

²⁷ Sulla ipotetica nullità da illecito, v. V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invaldità e inesistenza*, cit., 590 ss.

²⁸ Cfr. M. DELSIGNORE, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 864.

²⁹ Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (c.p.a.): tra molte, Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2010, n. 8702.

³⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invaldità e inesistenza*, cit., 592.

³¹ Ad esempio, la violazione o elusione di giudicato è stata in un caso estesa al contrasto del provvedimento con il contenuto di una ordinanza cautelare (Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2007, n. 4136).

³² «La nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono» (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, punto 7.4.3 della motivazione).

³³ Avverte A. ROMANO TASSONE, *Prefazione* a F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, XIII, che, «nel quadro della invalidità dell'atto amministrativo, la nullità è [...] rimasta del tutto marginale»; ed aggiunge che sussistono «consistenti incertezze sia in ordine al suo fondamento teorico, che circa la sua concreta utilità operativa».

gnato dal codice civile³⁴. Ciò che in particolare rileva è che la nullità, secondo questa disciplina, comporta la inefficacia del provvedimento ed esclude il formarsi della inoppugnabilità, con tutte le conseguenze di ordine processuale, che queste sue caratteristiche comportano.

La disciplina positiva della nullità, in vigore dal 2005 (anzi dal 1992) al 2010³⁵ si differenzia profondamente da quella della annullabilità. In particolare, il provvedimento nullo non determina l'onere della sua impugnazione, per evitare che divenga inoppugnabile.

4. *Il trattamento della nullità secondo il codice processuale*

Il secondo rilevante sovvertimento, che la disciplina della nullità ha nel tempo subito, si è avuto con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo; il quale, con una disposizione di diritto processuale, ha ribaltato completamente la disciplina precedentemente in vigore, differenziandola profondamente dalla nullità secondo il codice civile.

Stabilisce, infatti, il quarto comma dell'art. 31 c.p.a. che «la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni»³⁶; aggiungendo che «la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice». Una terza disposizione, inserita nello stesso comma, riguarda la nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato: per farla valere in giudizio non è previsto alcun termine di decadenza, ma solo un termine decennale di prescrizione³⁷.

Con l'entrata in vigore del codice processuale, pertanto, la nullità cambia totalmente il suo aspetto di istituto di diritto positivo e la sua disciplina si fa assai più complessa.

Con la prima disposizione sopra evidenziata è stata cancellata buona parte della disciplina (propria o) civilistica, precedentemente estesa al diritto amministrativo: la nullità non è più insanabile; non può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ma solo da coloro che sono legittimati a far valere ogni altra illegittimità del provvedimento; la relativa azione non è più imprescrittibile, ma soggetta ad un breve termine di decadenza.

La disciplina della nullità, in tal modo, si è avvicinata in modo oltre modo

³⁴ Ci si riferisce, com'è ovvio, al codice civile del 1942. Nel codice precedente la nullità era disciplinata diversamente: assomigliava molto alla annullabilità, dato che l'azione per farla valere si prescriveva in cinque anni (art. 1300 cod. civ. 1865).

³⁵ Fino, cioè all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

³⁶ In precedenza era pacifico che «il rilievo della nullità [...] non era sottoposto a termini decenziali» (Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363).

³⁷ Art. 114, co. 1, c.p.a.

marcato alla disciplina dell'annullabilità³⁸; tanto che si può ragionevolmente sostenere che l'art. 31 c.p.a. abbia trasformato la nullità in annullabilità (rinforzata, se così si può dire, per il più lungo termine previsto per farla valere in giudizio: centottanta giorni invece di sessanta). Ne condivide anche la *ratio*, dato che la prescrizione di un termine di decadenza deriva, per l'una e per l'altra forma di invalidità, dalla «necessità di dare certezza e stabilità ai rapporti amministrativi»³⁹.

Con la seconda disposizione il trattamento della nullità è stato differenziato a seconda dei soggetti che hanno interesse a farla valere: colui che ha interesse ad eliminare l'atto nullo è onerato della sua tempestiva impugnazione; coloro che hanno interesse ad avvalersi in giudizio della nullità dell'atto, tra i quali si colloca ovviamente in primo luogo l'amministrazione cui è imputabile il grave vizio che l'ha determinata, possono sempre "opporla" in via di eccezione; il giudice, a sua volta, può (deve?) rilevarla d'ufficio, senza alcun limite di tempo, ed in qualsiasi giudizio in cui la nullità abbia rilievo.

La terza disposizione, relativa agli atti di attuazione del giudicato, rende manifesto che la disciplina della nullità non è uniforme, non solo riguardo ai soggetti, ma anche a seconda degli atti che ne sono affetti e dei vizi che la determinano.

Come si vede, l'attuale disciplina legislativa della nullità è assai complessa e, conseguentemente, determina numerose incertezze e qualche dubbio di legittimità costituzionale.

³⁸ Efficace si mostra il commento di B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 275-276: «allo sconcertato interprete si presenta un tipo di annullabilità rafforzata, quasi una sua sottospecie qualificata, con la conseguenza di conferire alla logica decadenziale dell'annullabilità il valore di principio sommerso del sistema». Condivisibile è l'osservazione di S. CIVITARESE MAITTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretativa del diritto emergenziale e azione di mero accertamento*, in *Giur. ital.*, 2011, 1438: se il termine di decadenza dell'azione di nullità è differente da quello di decadenza dell'azione di annullamento solo quantitativamente, altrettanto solo quantitativa è la differenza tra nullità e annullabilità. Anche ad A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità*, cit., 294 «alla luce della disciplina vigente pare piuttosto difficile rinvenire una differenza qualitativa tra nullità ed annullabilità». Osserva M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 303, che «la comunanza dei principali profili funzionali e strutturali comporta la sostanziale assimilazione della disciplina della nullità-demolizione a quella dell'annullabilità». Secondo S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 396, «la limitazione dell'esperibilità dell'azione di nullità è inconciliabile con le caratteristiche che contraddistinguono le tipologie di nullità del provvedimento prefigurate dal legislatore». V. anche G. GRECO *et al.*, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017, vol. I, 276; e V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2021, 127.

³⁹ La formula virgolettata è tratta da Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, punto 10.3 della motivazione. Bisogna, tuttavia, rilevare che, per il suo carattere asimmetrico, è realmente difficile, ed anzi impossibile, condividere che l'attuale disciplina della nullità raggiunga lo scopo di conferire certezza e stabilità ai rapporti amministrativi. Osserva V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione*, cit., 127, che, per effetto della disciplina asimmetrica, gli atti amministrativi viziati da nullità sono posti «in una posizione di perdurante pendenza».

5. *Nullità, decadenza, inoppugnabilità*

La prima disposizione, ravvicinando il trattamento (non solo processuale) della nullità a quello della annullabilità, fornisce una ulteriore e determinante prova che lo stato viziato confacente alle caratteristiche della dinamica di diritto amministrativo è soltanto l'annullabilità. Il provvedimento nullo, per espresso disposto di legge, è, alla stessa stregua di quello annullabile, efficace e idoneo a divenire inoppugnabile per coloro che ne subiscono gli effetti pregiudizievoli⁴⁰.

Se il provvedimento nullo è, secondo la sua disciplina positiva, fisiologicamente efficace, se per farne cessare l'efficacia è necessario ricorrere al giudice entro un breve termine di decadenza, se, in difetto di tempestivo ricorso, gli effetti si consolidano (il provvedimento nullo diventa inoppugnabile), se ne deve dedurre che l'azione di nullità non si presenta affatto come una azione di accertamento (come viene qualificata dal codice processuale e, in modo pedissequo, dalla dottrina⁴¹), bensì deve essere classificata come azione costitutiva, uguale (o simile) all'azione di annullamento⁴².

Se non fosse stata inserita la seconda disposizione contenuta nel quarto comma, si potrebbe tranquillamente sostenere che, con l'art. 31 c.p.a., si sarebbe ripristinata la disciplina originaria, fondata su un solo stato viziato, l'annullabilità, in piena armonia con la (accennata) unitarietà del vizio che la determina, la illegittimità (per qualunque causa) del provvedimento.

6. *L'asimmetria della disciplina*

Tuttavia la seconda disposizione c'è, e, per la sua asimmetria, complica il quadro complessivo⁴³.

⁴⁰ Tenendo conto di ciò, appare privo di senso pratico il diverso termine di decadenza per la proposizione del ricorso. Anche perché, non essendo quasi sempre chiaro se in concreto il provvedimento (ritenuto) illegittimo, debba considerarsi nullo o annullabile, la prudenza impone di impugnarlo entro il termine relativo alla annullabilità.

⁴¹ Cfr. E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 209; P.M. VIPIANA, *L'azione (di accertamento delle) nullità*, in P.M. VIPIANA, V. FANTI, M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, Milano, 2019, 191; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 198. Più articolato è il pensiero di A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., 348 ss.; e di F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 123 ss. Sull'azione di nullità prima del c.p.a., v. A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 795 ss.

⁴² Si rifletta sui poteri di autotutela: l'amministrazione ha il solo potere di annullamento (d'ufficio). Se intende rimuovere un atto nullo, non può che considerarlo (o equipararlo all'atto) annullabile, per poterlo annullare. Anche per l'atto nullo dovrebbero di conseguenza valere i limiti e le condizioni cui è soggetto l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

⁴³ Sul punto v. B. SASSANI, *Riflessioni*, cit., 281 ss.

In forza di essa la nullità si presenta in modo diverso a seconda della parte ricorrente, della parte resistente e del giudice del processo di cognizione⁴⁴.

Il primo problema che si pone è se, per identificare le parti, ricorrente e resistente (secondo il linguaggio usato dal codice), occorra riferirsi alla posizione processuale o alla situazione sostanziale degli interessati. Può avvenire, infatti, che i soggetti che subiscono gli effetti sfavorevoli del provvedimento nullo, ed abbiano interesse ad (e l'onere di) impugnarlo, non siano necessariamente coloro che ricorrono al giudice.

L'ipotesi si realizza quando il processo attiene, non al provvedimento nullo, ma a provvedimenti che siano (in qualche modo) collegati con (o dipendenti dal) l'atto nullo (non impugnato, per qualsiasi ragione): i soggetti che hanno interesse a far valere la nullità, e, in particolare, le amministrazioni diverse dall'autrice dell'atto nullo, possono presentarsi, nel processo sull'atto conseguente, come resistenti, e non come ricorrenti; viceversa, i soggetti che hanno interesse ad avversare la tesi della nullità, e dovrebbero essere resistenti nel processo di impugnazione dell'atto nullo, possono assumere la posizione di ricorrenti nel processo sugli atti collegati o conseguenti⁴⁵.

A me sembra chiaro che, se si fa riferimento alle posizioni processuali delle

Può essere interessante sapere che la disciplina differenziata della nullità non è del tutto inedita: corrisponde per grandi linee alla disciplina dettata dal codice civile del 1865. Ai sensi dell'art. 1300, l'azione di nullità poteva essere proposta entro cinque anni, era cioè soggetta a prescrizione; per il successivo art. 1302, l'eccezione di nullità poteva essere opposta da chi è convenuto e non era soggetta a prescrizione.

⁴⁴ La disciplina asimmetrica è contraddittoria rispetto alla esigenza di «dare certezza e stabilità ai rapporti amministrativi»: l'incertezza e la instabilità rimangono, poiché la nullità può essere eccepita e rilevata d'ufficio in qualsiasi tempo. Il termine di decadenza non è sufficiente per eliminarle, e si risolve, quindi, in una disposizione, da un lato, inutile, e dall'altro, di sfavore verso chi subisce le conseguenze della nullità e di favore per chi vi ha dato adito.

⁴⁵ Per rendere chiaro il problema ricorro alla illustrazione di un caso recentemente deciso dal Consiglio di Stato in modo difforme da come l'aveva deciso il giudice di primo grado (il che è sintomatico della difficoltà del problema).

Viene rilasciata una autorizzazione unica regionale per la realizzazione di un impianto eolico, nonostante il parere negativo della Soprintendenza per i beni paesaggistici. La contrarietà al parere viene considerata dal giudice di appello (non da quello di primo grado) come vizio di nullità dell'autorizzazione (soluzione opinabile, ma in questa sede utile per impostare il problema illustrato nel testo). L'amministrazione statale competente non impugna l'autorizzazione nulla; ma, iniziati i lavori di realizzazione degli impianti, li sospende. La Regione e l'impresa ricorrono al Tar, il quale accoglie il ricorso, affermando che l'atto di inibizione era illegittimo in quanto in contrasto con l'autorizzazione che, benché nulla, rimaneva efficace non essendo stata tempestivamente impugnata dall'amministrazione statale. Interpreta, pertanto, il termine ricorrente con riferimento alla posizione sostanziale delle parti in giudizio (Tar Molise, Sez. I, 23 giugno 2016, n. 268). Il giudice d'appello decide in senso opposto: stabilisce che, nel giudizio sull'atto inibitorio, l'amministrazione statale, in quanto resistente, può eccepire la nullità dell'autorizzazione, pur non avendola tempestivamente impugnata (Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 6120).

parti, nel caso che vi sia interversione rispetto alla loro posizione sostanziale, la asimmetria del trattamento può avere conseguenze diverse da quelle che il legislatore si proponeva, ossia – c'è da scommetterci – un trattamento di favore per le amministrazioni pubbliche, le quali sono normalmente parte resistente nel processo sul provvedimento nullo.

Il problema relativo a chi spetti di azionare e a chi spetti di eccepire la nullità si pone anche nel caso in cui sia una amministrazione che intenda impugnare, perché lesa nei suoi interessi (pubblici) o per legittimazione *ex lege*, provvedimenti (considerabili) nulli, adottati da altre amministrazioni. In tal caso l'amministrazione, come qualsiasi altro ricorrente, ha (o dovrebbe avere) l'onere di rispettare il termine dei centottanta giorni, a pena di decadenza. Ma, ci si può chiedere, è questo risultato che il legislatore ha inteso raggiungere dettando la disciplina asimmetrica del trattamento della nullità?

7. La rilevabilità d'ufficio

Un secondo delicato problema riguarda il “compito” del giudice, che si accorga della nullità del provvedimento oggetto del giudizio⁴⁶: può o deve rilevarla d'ufficio? Attiene alla discrezionalità del giudice rilevare o meno la nullità?

In giurisprudenza si trova un orientamento relativo alla ipotesi in cui la rilevazione d'ufficio giovi alla parte che aveva l'onere di impugnare il provvedimento nullo, non lo aveva fatto: in tal caso è stato deciso che la nullità non possa essere rilevata d'ufficio, anche se risulti evidente negli atti del processo, perché si eluderebbe l'onere di impugnazione entro il breve termine di decadenza, stabilito dall'art. 31⁴⁷.

La giustificazione (condivisibile o meno che sia⁴⁸) attiene ad un caso partico-

⁴⁶ La locuzione contenuta nel quarto comma dell'art. 31 c.p.a. è la seguente: «la nullità dell'atto può sempre [...] essere rilevata d'ufficio dal giudice».

⁴⁷ «Se è vero – afferma Cons. Stato, Sez. III, 1° luglio 2019, n. 4566 – che la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice amministrativo, come pure prevede l'art. 31, comma 4, c.p.a., il rilievo della nullità da parte del giudice in via officiosa non può intervenire quando sia la parte stessa a far valere detta forma di invalidità, in via di azione; l'esercizio del potere officioso da parte del giudice, in tale caso, renderebbe vana la previsione stessa del termine decadenziale per la deduzione del vizio in via autonoma da parte del ricorrente. [...] La regola *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum* trova dunque necessaria applicazione anche con riguardo alla deduzione della nullità nel giudizio amministrativo, da parte del ricorrente, *ope actionis*, in quanto la possibilità di dedurla sempre dalla parte resistente o di rilevarla sempre da parte del giudice è consentita solo, e appunto, quando la nullità viene in rilievo *ope exceptionis*».

⁴⁸ L'orientamento riportato rende evidente come, nel convincimento del giudice, la nullità non sia ontologicamente diversa dalla annullabilità, e, quindi, non vada trattata in modo diverso, nonostante il suo potere di rilevarla d'ufficio, che differenzia la disciplina del processo nelle due ipotesi.

lare, che ha per presupposto la mancata tempestiva impugnazione dell'atto nullo da parte di chi ne era onerato (e ne aveva interesse). Fuori di questo caso, se il giudice arriva a convincersi che il provvedimento, della cui legittimità si discute nel giudizio, sia nullo, può discrezionalmente decidere di rilevare o non rilevare la nullità, influenzando in tal modo, con il suo comportamento, sull'esito del giudizio, e favorendo in tal modo una delle parti, a detrimento delle altre?

Ove si parta dall'idea che "compito" del giudice è di rendere giustizia (applicando solo, ma pienamente, la legge), non può riconoscersi alcuna discrezionalità nel rilevare la nullità: rilevarla è doveroso; non rilevarla conduce (o può condurre) ad un esito del processo contrastante con il fondamentale principio di legalità. E questo rilievo – io credo – si può estendere anche al caso particolare nel quale la giurisprudenza, per supportare (o non elidere) l'onere di tempestiva impugnazione, ha statuito di non dovere, anzi di non potere, rilevare la nullità.

Si deve concludere che, anche sotto il profilo della rilevabilità d'ufficio della nullità, l'asimmetria del trattamento comporta problemi di difficile (o perplessa) soluzione.

8. *Dubbi di legittimità costituzionale*

Il problema più grave che deriva dalla disciplina asimmetrica della nullità attiene alla sua incerta legittimità costituzionale: non è contestabile che l'asimmetria si risolva nel trattamento sperequato, sia sul piano sostanziale (perché l'efficacia che comunque consegue all'atto nullo, a prescindere dalla sua impugnazione, favorisce coloro che beneficiano degli effetti del provvedimento nullo e può sfavorire altri soggetti, pubblici o anche privati), sia sul piano processuale, perché, essendo l'azione di nullità soggetta ad un breve termine di decadenza, mentre l'eccezione può essere sempre proposta, si ha un diverso trattamento tra le parti del giudizio, in contrasto con i principi del giusto processo, tra i quali campeggia il principio di parità delle parti.

A me sembra inoltre che l'asimmetria del trattamento processuale della nullità non abbia alcuna giustificazione razionale: se vuole essere un trattamento di favore per l'amministrazione al cui comportamento la nullità è imputabile, l'asimmetria è ancora meno giustificabile: l'amministrazione è tenuta al rigoroso rispetto del principio di legalità⁴⁹. Si rammenti che i provvedimenti amministrativi sono atti unilaterali, per cui la nullità è imputabile solo all'amministrazione.

⁴⁹ Pone in rilievo M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire*, cit., 1021, che «la rilevabilità d'ufficio della nullità, impiegata nel particolare contesto pubblicistico, si presta ad essere piegata agli interessi dell'amministrazione. La previsione di nullità, anziché porsi quale strumento di garanzia, idoneo ad accrescere le possibilità di tutela degli interessi dei privati nei confronti dell'amministrazione, risulta in concreto posta a vantaggio della sola pubblica amministrazione, la quale finisce per beneficiare di atti da lei stessa compiuti in violazione della legge».

A prescindere dai profili di costituzionalità, mi sembra chiaro che la disciplina della nullità, come disegnata dall'art. 31 c.p.a., denuncia lo sforzo di tenerla distinta dalla disciplina dell'annullabilità quel tanto che consenta di giustificare la coesistenza di entrambe le figure di invalidità, senza compromettere più di tanto la funzionalità del sistema. Si tratta di uno sforzo, imposto dalla introduzione della nullità in un contesto disciplinare inadatto, che conduce soltanto a complicare inutilmente il quadro delle invalidità del provvedimento amministrativo.

9. *Sul difetto assoluto di attribuzione*

Non si pensi che la tassatività e la (apparente) chiarezza delle ipotesi di nullità stabilite dalla legge impedisca che sorgano incertezze nella individuazione dei vizi che la determinano. Ognuna delle ipotesi elencate nell'art. 21-*septies* ha consistenza e confini difformemente apprezzabili, come dimostra un sia pure rapido sguardo alla giurisprudenza che si è formata in materia, e che non è immune da contrasti.

Le incertezze maggiori attengono alla ipotesi di difetto assoluto di attribuzione⁵⁰, nonostante che esso sia (stato inteso⁵¹ come) corrispondente alla (risalente e fondamentalmente chiara) figura della carenza di potere in astratto, con esclusione dei vizi rapportabili alla carenza di potere in concreto⁵². Per cui,

⁵⁰ Sulla nullità per difetto assoluto di attribuzione v. N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 865; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 409 ss.; M. D'ORSOGNA, *La invalidità*, cit., 327.

⁵¹ Cass., S.U., 3 ottobre 2016, n. 19682: «secondo una giurisprudenza amministrativa ormai consolidata [...] con la l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-*septies*, il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. "carenza in astratto del potere", cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità i casi della c.d. "carenza del potere in concreto", ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge (Cons. Stato, Sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5228; Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5671). E l'orientamento della giurisprudenza amministrativa è stato talora ripreso anche da questa Corte, con l'affermazione che "il difetto assoluto di attribuzione delineato in via generale dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-*septies* (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) è configurabile solo in casi, per lo più di scuola, in cui un atto non possa essere radicalmente emanato dall'autorità amministrativa, in quanto priva di alcun potere nel settore (Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266)». Cfr. anche Cass., S.U., 23 settembre 2014, n. 19974.

⁵² Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2017, n. 45: «la giurisprudenza di questo Consiglio ha altresì chiarito che attraverso l'articolo 21-*septies* della l. 241 del 1990 il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. 'carenza in astratto del potere', cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della

ad esempio, il vizio di legittimità dei provvedimenti assunti oltre il termine di legge, in quanto correntemente ascritto alla figura della carenza di potere in concreto, ne determina (soltanto) l'annullabilità⁵³.

Il primo ostacolo alla chiarezza della ipotesi di nullità è dato dalla incertezza della distinzione tra attribuzione del potere e competenza, ossia, in termini rovesciati, tra incompetenza assoluta e incompetenza relativa.

In teoria possono aversi almeno due prospettazioni: il potere è attribuito alla persona giuridica pubblica, ed è poi distribuito tra i suoi organi. Per cui il provvedimento, adottato dall'organo diverso da quello cui è stato distribuito è affetto da incompetenza, ed è quindi annullabile; il provvedimento, adottato da altra persona giuridica, è invece nullo per difetto di attribuzione⁵⁴.

Ovvero il potere è attribuito in funzione della materia, del settore di azione amministrativa; per cui il provvedimento adottato da una qualsiasi amministrazione appartenente al settore può, se illegittimo, essere annullabile; se adottato da amministrazione estranea a quel settore, è viceversa nullo, per difetto assoluto di attribuzione⁵⁵.

annullabilità i casi della c.d. 'carenza di potere in concreto', ossia del potere pur astrattamente sussistente) esercitato senza i presupposti di legge pur astrattamente sussistente) esercitato senza i presupposti di legge (in tal senso: Cons. Stato, V, 30 agosto 2013, n. 4323). E il sostanziale superamento normativo della pregressa teorica della carenza di potere di concreto è idoneo, appunto, a superare le incertezze applicative di una figura di incerta collocazione sistematica attraverso cui si annetteva la più grave delle forme patologiche dell'atto ad ipotesi (quali quelle della mancanza dei presupposti e delle condizioni per il legittimo esercizio del potere) tipicamente riconducibili alla categoria dell'illegittimità per incompetenza o violazione di legge».

⁵³ Esempi: provvedimento di espropriazione adottato oltre il termine stabilito della dichiarazione di pubblica utilità (Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1383; C.G.A.R.S., 21 luglio 2015, n. 571); provvedimento assunto dopo la formazione del silenzio, anche del silenzio significativo (Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 1040, in tema di diniego fuori termine di condono edilizio: «l'adozione di un provvedimento espresso di diniego dopo la formazione del titolo abilitativo *per silentium* configura una violazione dei limiti legali all'esercizio di tale potere, ma non anche un difetto di attribuzione; circostanza questa confermata dalla pacifica possibilità per l'amministrazione di esercizio dell'autotutela, la quale, come è noto, costituisce, sia pur sub specie di *contrarius actus*, espressione del medesimo potere esercitato con l'adozione del provvedimento oggetto di rito (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2018, n. 1795)».

⁵⁴ A questo schema sembra ispirarsi Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 6120.

⁵⁵ A questo schema sembra ispirarsi Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2017, n. 45: «l'appellante sembra concentrare il proprio sforzo argomentativo sulla tesi della nullità per avere il Comune operato in ipotesi di difetto assoluto di attribuzione, trattandosi in realtà di competenza demandata *ex lege* all'amministrazione provinciale e alle sue articolazioni. Il motivo non può in alcun modo trovare accoglimento in quanto, se pure dovesse concludersi nel senso che il Comune abbia adottato atti eccedenti la propria sfera di attribuzioni (il che, peraltro, non è), gli atti in questione potrebbero al più essere dichiarati illegittimi per incompetenza relativa, ma non certo radicalmente nulli. Al riguardo non si può che richiamare il consolidato orientamento volto a delimitare in modo assai rilevante l'ambito di esplicazione della richiamata ipotesi di nullità. Questo Consiglio ha in numerose occasioni affermato che il difetto assoluto di attribuzione, quale causa

Personalmente sono convinto che sia questa seconda la soluzione giusta, anche se occorre temperarla con l'ambito territoriale di operatività di ciascuna autorità⁵⁶.

Il quadro si complica ulteriormente se si riconosce, come forse è necessario, l'esistenza di poteri impliciti, non espressamente contemplati dalla legge⁵⁷.

Scendendo alla casistica, sottolineo che è stato considerato nullo, per difetto assoluto di attribuzione il provvedimento adottato in base a norma (attributiva di potere) che venga dichiarata, in altro giudizio, incostituzionale: in tal caso il giudice deve rilevare d'ufficio la nullità, ove non sia stata dedotta dalle parti. Anzi il giudice, se dubita della incostituzionalità della norma attributiva del potere, in forza del quale è stato adottato il provvedimento oggetto del giudizio, deve sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità, anche se tale questione non sia stata prospettata dalle parti ed anche se non è stato proposto alcun motivo che la possa coinvolgere⁵⁸.

di nullità del provvedimento amministrativo, evochi la cosiddetta carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma attribuisce (in tal senso: Cons. Stato, IV, 19 dicembre 2007, n. 2273; id., V, 2 novembre 2011, n. 5843; id., VI, 27 gennaio 2012, n. 372; id., V, 30 agosto 2013, n. 4323; id., VI, 31 ottobre 2013, n. 5266). Si tratta di un'ipotesi che evidentemente non sussiste nel caso in esame atteso che il complesso delle disposizioni statali e regionali richiamate dalla stessa appellante attribuisce certamente il potere di adottare gli atti della cui validità qui si discute, con la conseguenza che le questioni inerenti l'attribuzione all'uno piuttosto che all'altro livello di governo delle relative competenze non coinvolgono la categoria della nullità, bensì quella dell'incompetenza (relativa)».

⁵⁶ Un decreto di esproprio emanato da un prefetto di altra provincia è nullo o annullabile? Il permesso di costruire rilasciato dal dirigente di altro Comune è nullo o annullabile?

⁵⁷ «Si tratta di poteri che non sono espressamente contemplati dalla legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all'esercizio di altri poteri» (Cons. Stato, Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972).

⁵⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5056. Mi sembra opportuno riportare il brano centrale della motivazione: il giudice può «sollevare, d'ufficio, questione di legittimità costituzionale, indipendentemente dalla proposizione di appositi motivi di censura di parte, allorché dubiti dell'esistenza stessa del potere esercitato – o da esercitare – in capo all'Amministrazione; in tal caso, infatti, viene in discussione non la concreta modalità di esercizio del potere – così come disciplinata dalla norma applicata o da applicare, da parte dell'Amministrazione che di quel potere è dotata – ma la sussistenza stessa del potere in capo a chi l'ha esercitato e, quindi, del presupposto fondante della stessa azione amministrativa; con la conseguenza che la sentenza declaratoria di incostituzionalità della norma che attribuisce tale potere, resa in seno ad un determinato giudizio, può, non di meno, essere invocata in altra controversia non ancora definita anche qualora la relativa questione di legittimità costituzionale o la specifica censura di carenza assoluta di potere non sia stata in quel giudizio sollevata, dal momento che, nella situazione di carenza di potere che, in tal caso, viene a determinarsi, la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma è anche in grado di comportare la nullità dell'atto adottato in sede di applicazione della norma stessa; ciò che, invece, non si verifica nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale non contesti la sussistenza del potere in capo all'amministrazione, ma si limiti a ritenere illegittime le modalità di esercizio dello stesso come disciplinato in sede di produzione normativa». Si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363.

Altresì nullo, secondo la giurisprudenza, è da qualificare il provvedimento che sia adottato in base ad una norma di diritto interno, attributiva di potere, che sia incompatibile con il diritto comunitario, e sia quindi disapplicabile. A differenza del provvedimento, che sia adottato in violazione di una norma (attributiva di potere) di diritto comunitario: in questo caso il provvedimento è (soltanto) annullabile⁵⁹.

10. *Nullità e conferenza di servizi*

Particolari problemi, in ordine alla ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione pone il provvedimento adottato a conclusione della conferenza di servizi.

La giurisprudenza (assai limitata) tende a differenziare a seconda del tipo di conferenza e a seconda delle amministrazioni dissenzienti⁶⁰.

Nel caso di conferenza indetta per acquisire «pareri, intese, concerti, nulla-osta o altri atti di assenso, comunque denominati»⁶¹, nella quale l'attività delle amministrazioni diverse dall'amministrazione precedente «si inserisce a vario titolo (per lo più in esercizio di funzione consultiva) nell'ambito di un unico procedimento», e la conferenza è finalizzata all'esame «sincronico della pluralità di interessi pubblici coinvolti», il dissenso di una delle amministrazioni non provoca nullità, dato che è l'amministrazione precedente ad essere attributaria del potere.

Diversa è la conferenza di servizi che sia semplicemente il luogo di confluenza di «distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche»⁶². La conferenza, in questo caso, costituisce un «momento organizzativo di raccordo e di sintesi di una pluralità di autonome potestà provvedimentali», sia pure destinate a confluire «nell'unico provvedimento amministrativo conclusivamente adottato». Ogni amministrazione partecipante alla conferenza resta attributaria del suo potere.

Occorre, a questo punto, distinguere a proposito del dissenso: quello mani-

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1341: «il collegio richiama l'indirizzo giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072, 8 settembre 2008, n. 4263 e 10 gennaio 2003, n. 35; Sez. IV, 21 febbraio 005, n. 579), secondo il quale, mentre la violazione del diritto comunitario implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo con esso contrastante (da far valere nell'ordinario termine di decadenza, a pena dell'impugnabilità di tale atto), si ha nullità (o inesistenza) nelle ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto comunitario e quindi disapplicabile». Conformi: Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1324; Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1306, e molte altre.

⁶⁰ Traggio le osservazioni che seguono da una sola sentenza: Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 6120.

⁶¹ Art. 14, co. 2, primo periodo, l. n. 241 del 1990, da ultimo sostituito dall'art. 1, co. 1, d. lgs. 30 giugno 2016, n. 127.

⁶² Art. 14, co. 2, secondo periodo.

festato dalle amministrazioni «preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o della tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini»⁶³, potendo esse rivolgersi al Consiglio dei ministri, non trasferiscono il loro potere all'amministrazione procedente, la quale, anzi, perde anche il proprio potere a favore del Consiglio dei ministri⁶⁴. Pertanto, si può pensare, e in questo senso si è orientata la giurisprudenza⁶⁵, che il dissenso di queste amministrazioni non si limiti a far mancare «un mero presupposto per l'esercizio del potere», ma provochi la nullità del provvedimento conclusivo per difetto assoluto di attribuzione, perché «l'autorità emanante viene ad esercitare (per la parte di competenza dell'amministrazione dissenziente) una potestà che la legge non le ha mai attribuito (e che, anzi, è conferita ad altro organo, come, ad esempio, il Consiglio dei ministri)».

Se ne deve ricavare, *a contrario*, che il dissenso delle amministrazioni che non sono portatrici di interessi sensibili, e non possono rivolgersi al Consiglio dei ministri, non determini la nullità, ma semmai solo l'annullabilità del provvedimento adottato a conclusione della conferenza di servizi.

Tale soluzione giurisprudenziale a me sembra eccessivamente severa, tale da configgere con la finalità propria della conferenza di servizi, che è la semplificazione dell'azione amministrativa: elevando il dissenso di una amministrazione, quale essa sia, partecipante alla conferenza, a causa di nullità, si rischia di rendere la conferenza stessa un modulo di complicazione, anziché di semplificazione, dell'azione amministrativa. Inoltre può non essere convincente che l'amministrazione procedente sia carente di potere in astratto: lo è, forse, in concreto. A mio giudizio, il dissenso può essere semmai causa di annullabilità.

11. Sulla mancanza degli elementi essenziali

Per quel che riguarda l'ipotesi della mancanza degli elementi essenziali, il criterio di fondo, fissato dalla giurisprudenza, è che essa vada ravvisata «soltanto in casi estremi e circoscritti»⁶⁶.

⁶³ Art. 14-*quinquies*, co. 1, l. n. 241 del 1990, nella redazione attualmente in vigore.

⁶⁴ In questo senso S. LICCIARDELLO, *Diritto amministrativo. Principi, organizzazione e azione*, Firenze, 2020, 274-275.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. IV, n. 6120/2017.

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028: «come ancora di recente ribadito da questo Consiglio di Stato (IV, 24 maggio 2016, n. 2202), pur dopo la positivizzazione della nullità 'strutturale' del provvedimento amministrativo, con il suo inserimento nei casi previsti dall'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, tale peculiare vizio può essere ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto. Questa ipotesi di nullità ricorre quando il vizio da cui l'atto amministrativo è affetto assume connotati di gravità ed evidenza tali da impedirne la qualificazione come manifestazione di potere amministrativo, sia pure

Ad esempio non vi rientra alcuna «patologia della manifestazione della volontà autoritativa», anche se comporta «una deviazione dalla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile come reato»⁶⁷.

Né vi rientra la mancanza di un atto presupposto, ossia di un elemento esterno al provvedimento della cui validità si tratta⁶⁸.

Un problema interessante e, per quanto mi consta, non ancora risolto, è se l'interpretazione restrittiva dell'ipotesi di mancanza degli elementi essenziali, e, in generale, l'intera disciplina della nullità di diritto amministrativo (ipotesi e trattamento), possa riguardare anche gli atti di diritto privato compiuti dall'amministrazione pubblica.

A me sembra, ma si tratta di una semplice intuizione, che la disciplina della nullità, di cui alla legge sul procedimento e al c.p.a., riguardi, come d'altronde è espressamente previsto, soltanto la invalidità del provvedimento, o, con più precisione, l'attività amministrativa di diritto pubblico⁶⁹; e non riguardi la invalidità dei contratti stipulati dall'amministrazione, e (forse) nemmeno l'invalidità degli accordi, ai quali «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili»⁷⁰.

eventualmente illegittima. Solo in questi casi eccezionali non sussistono di conseguenza le ragioni di certezza dell'azione amministrativa alla base del carattere generalizzato del vizio dell'annullabilità *ex art. 21-octies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, e del termine breve e a pena di decadenza per ricorrere in sede giurisdizionale». Cfr. anche Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882. Secondo Sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1958 (citata da Sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 6120), la nullità strutturale si ha solo in caso di «totale irrifiribilità del provvedimento ad un organo emanante, in modo da rendere impossibile l'imputazione degli effetti al medesimo», ovvero in caso di impossibilità di «identificazione (e di identificabilità) del destinatario nella cui sfera occorrerebbe che si producessero gli effetti del provvedimento».

⁶⁷ Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028; Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266.

⁶⁸ Cons. Stato, Sez. CS, VI, 16 gennaio 2017, n. 105: «l'autorizzazione da parte dell'Amministrazione preposta al vincolo di tutela indiretta non costituisce un elemento essenziale del (successivo) provvedimento che autorizza i lavori di edificazione nell'area indirettamente tutelata, ma soltanto un suo presupposto di legittimità, la mancanza del quale determina, secondo la regola generale (art. 21-octies, comma 1, legge n. 241 del 1990), l'annullabilità (e non la nullità) del secondo provvedimento amministrativo. È sufficiente sotto tale profilo osservare che l'autorizzazione di tutela indiretta rappresenta un presupposto "esterno" rispetto al provvedimento di cui si lamenta la nullità e non può, pertanto, integrare alcuno degli elementi essenziali cui fa riferimento (pur senza individuarli esplicitamente) l'art. 21-septies legge n. 241 del 1990. Gli elementi essenziali di cui all'art. 21-septies legge n. 241 del 1990 sono, invero, elementi "intrinseci" dello stesso provvedimento di cui si lamenta la nullità, la mancanza dei quali incide sulla stessa possibilità di ritenere completamente perfezionata una fattispecie di provvedimento amministrativo. Si tratta, quindi, di un difetto strutturale intrinseco dello stesso provvedimento, che deriva da carenze sue proprie (e non da mancanze "esterne")».

⁶⁹ Riguarda, pertanto, anche l'attività di formazione del contratto.

⁷⁰ Art. 11, co. 2, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 1, co. 47, l. 6 novembre 2012, n. 190.

In giurisprudenza ho rintracciato solo una non recentissima sentenza⁷¹, nella quale, in relazione ad un contratto, la mancanza della capacità d'agire viene intesa come mancanza di «uno degli elementi essenziali dell'atto»⁷². A prescindere dalla condivisibilità della tesi che identifica la capacità con un elemento del contratto, credo che l'orientamento che ha ispirato la sentenza sia di applicare ai contratti dell'amministrazione⁷³ la disciplina civilistica della invalidità e non quella dettata per i provvedimenti amministrativi.

12. *L'Adunanza plenaria del 2020 e il diverso trattamento della nullità*

Un ulteriore sovvertimento nel trattamento della nullità?

Una recente sentenza dell'Adunanza plenaria⁷⁴, molto interessante ma di non facile lettura, conduce a ritenere che la giurisprudenza intenda sdoppiare, sotto il profilo del suo trattamento, la figura della nullità.

Data la delicatezza e la difficoltà dell'argomento, è bene partire dalla illustrazione del caso concreto. In un bando di gara per l'affidamento di un appalto viene inserita una clausola che viene ritenuta nulla, in base ad una disposizione di legge, che testualmente commina tale «sanzione»⁷⁵. La stazione appaltante adotta il provvedimento conseguente, applicando la clausola nulla⁷⁶.

La giurisprudenza, anche molto recente, ritiene (anzi riteneva, prima dell'intervento dell'Adunanza plenaria) che il provvedimento di esclusione sia annullabile, in quanto adottato sulla base di una clausola nulla⁷⁷.

⁷¹ La quale, peraltro, ne richiama una precedente Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281; la quale, a sua volta ne richiama una terza, anzi un parere dell'Adunanza generale (17 febbraio 2000, n. 2).

⁷² Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2010, n. 1156. Partendo dall'idea che «la capacità della pubblica amministrazione di stipulare contratti, correlata alla soggettività giuridica riconosciuta ai sensi dell'art. 11 del codice civile 'secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico', sussiste solo quando sia esercitata conformemente alle procedure definite dal legislatore», la sentenza giunge ad affermare che la violazione di legge «sia in grado di provocare la nullità ove comporti la mancanza di uno degli elementi essenziali dell'atto, come – ritiene il Collegio – nel caso di mancanza di capacità di agire dell'amministrazione».

⁷³ In quel caso si trattava di un contratto di cessione.

⁷⁴ Cons. Stato, Ad plen., 16 ottobre 2020, n. 22, più volte citata. Su di essa v. M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 200.

⁷⁵ L'ipotesi concreta attiene ad una clausola contraria all'art. 83, il cui ottavo comma all'ultimo periodo recita: «i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

⁷⁶ Esclude una impresa dalla gara.

⁷⁷ Secondo questo orientamento, la esclusione, pronunciata in applicazione della clausola nulla, è «affetta da vizio di legittimità 'ordinario', ossia 'annullabile', in grado cioè di produrre validamente effetti sin tanto che la sua invalidità non venga accertata dal giudice amministrativo

Ciò che in questa sede interessa è il trattamento della nullità della clausola: ad essa risulta applicabile, secondo tale (superato?) orientamento giurisprudenziale, il trattamento prescritto dal quarto comma dell'art. 31, c.p.a.⁷⁸.

La medesima questione⁷⁹ viene portata all'attenzione dell'Adunanza plenaria, la quale va in diverso avviso: stabilisce che la clausola nulla, «in quanto inefficace e improduttiva di effetti, si deve intendere come 'non apposta', a tutti gli effetti di legge». Pertanto – è da sottolineare – non sono applicabili né l'art. 21-*septies* della legge sul procedimento né l'art. 31 c.p.a.: entrambi «si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed 'integralmente' improduttivo di effetti», mentre «la clausola escludente affetta da nullità, in base al principio *vitiatur sed non vitiat* [...] non incide sulla natura autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni»⁸⁰.

Se ne deve dedurre che, secondo l'attuale orientamento dell'organo di nomofilachia, la nullità ha un doppio trattamento, o, meglio, si sdoppia in due figure diverse: la nullità che determina la inefficacia *ex lege* dell'atto cui inerisce, che non comporta alcun onere di tempestiva impugnazione, che si riverbera sui provvedimenti applicativi, determinandone l'annullabilità⁸¹; la nullità “simil-annullabilità”.

(e, quindi, rimossa con sentenza), cui si correla il preciso onere per l'interessato di proporre da subito specifica e tempestiva azione di annullamento» (Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5834). Già questo passaggio, per cui la nullità della clausola determina l'annullabilità, e non la nullità, dell'atto che ne fa applicazione, meriterebbe una valutazione critica attenta, ma non è questa la sede per dedicarvisi.

⁷⁸ Secondo la sentenza citata alla nota precedente, in ordine alla clausola «nulla – in quanto tale insuscettibile di produrre validamente effetti – trova applicazione la speciale disciplina processuale dell'art. 31, comma 4, cod. proc. amm., per cui “la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice [...]”. Trattasi cioè di azione non costitutiva, bensì di mero accertamento».

⁷⁹ Ossia il trattamento della clausola nulla. Si badi che, nella ordinanza di rinvio, si dava per scontato che, se la clausola fosse stata ritenuta nulla, andava applicata la disciplina dell'art. 31, quarto comma, c.p.a.: cfr. il quesito *sub* b) al punto 5 della motivazione della sentenza dell'Adunanza plenaria.

⁸⁰ Le frasi virgolettate sono prese dal punto 12.4 della motivazione della citata sentenza dell'Adunanza plenaria.

Il nuovo orientamento dell'Adunanza plenaria ha un precedente in una sentenza del Tar Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 19 febbraio 2013, n. 1828: «il legislatore ha inteso rimettere alla sola fonte normativa la competenza ad individuare cause di non ammissione a procedure di gara, residuando in capo alle stazioni appaltanti, un'attività di stretta interpretazione di siffatte ipotesi, o comunque di mera ricognizione delle medesime; di tanto vi è conferma proprio nell'ultima parte della disposizione citata che vieta espressamente l'introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte della *lex specialis*, tale evenienza essendo stata sanzionata con la nullità radicale, tale cioè da non esigere nemmeno un'espressa impugnazione, come risulta dal ricorso all'espressione 'comunque'».

⁸¹ I provvedimenti applicativi (il riferimento concreto è al provvedimento di esclusione dalla gara), annullabili, devono essere impugnati nei termini consueti e, in quella sede, si farà valere, come causa della annullabilità, la nullità (e l'inefficacia) della clausola.

Dato tutto ciò, l'azione di nullità è qualificabile come azione di accertamento, ma essa, «è ammissibile solo nei pochi casi in cui il soggetto [tenuto ad impugnare l'atto applicativo] abbia interesse al mero accertamento» della nullità della clausola⁸². Ed è esperibile – si deve ritenere – senza termini di decadenza né di prescrizione.

Ciò che è necessario, e insieme sufficiente, per ottenere tutela è che si impugni tempestivamente l'atto applicativo, che anche l'Adunanza plenaria ritiene annullabile, e non nullo⁸³.

A lato di questa figura di nullità resta quella disciplinata dal quarto comma dell'art. 31, c.p.a., che deve essere fatta valere entro il termine di decadenza ivi previsto e che, in difetto di impugnazione, comporta la inoppugnabilità dell'atto nullo, con la conseguenza che gli effetti da questo prodotti si consolidano e permangono fino all'eventuale proposizione (e accoglimento) della eccezione di nullità da parte di chi è legittimato a proporla, o al suo rilievo d'ufficio da parte del giudice.

13. *Due figure di nullità?*

Emergono in tal modo, nel diritto positivo, due figure profondamente diverse di nullità, l'una, espressamente denominata “nullità in senso tecnico”⁸⁴, che è vicina all'archetipo civilistico, mentre l'altra ne è decisamente lontana. Potremmo riservare alla prima la denominazione di “nullità in senso tecnico”, e chiamare la seconda “nullità simil-annullabilità”.

Se in diritto positivo coesistono due figure di nullità, occorre stabilire quando la illegittimità determini la prima figura e quando determini la seconda.

Il problema non è semplice da risolvere; faccio un tentativo, tenendo conto delle indicazioni estraibili dalla sentenza.

La differenza può dipendere anzitutto dalla categoria del vizio: mi sembra

⁸² Punto 11.1 della motivazione della citata sentenza dell'Adunanza plenaria.

⁸³ La clausola nulla è «disapplicabile» (punto 9 della motivazione), e «impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola» (punto 12.3 della motivazione). In dottrina, M. DELSIGNORE, *L'ordinaria rilevanza*, cit., 870, ritiene che la commissione di gara, avvedendosi della nullità della clausola, possa «considerarla automaticamente inefficace, senza che si richieda l'accertamento della nullità dell'atto di esclusione».

Sarei molto prudente nell'ammettere la disapplicazione, da parte dell'amministrazione, di clausole o di provvedimenti, che essa, senza accertamento giudiziale, consideri nulli. Quanto meno alla disapplicazione dovrebbe provvedere la stessa autorità che ha adottato la clausola o il provvedimento nullo; non potrebbe farlo un organo diverso, meno che mai se subordinato (ad esempio il RUP). La disapplicazione inserirebbe nel sistema delle invalidità una ulteriore fonte di incertezze, oltre che di eventuali responsabilità amministrative.

⁸⁴ Punto 12.3 della motivazione della sentenza dell'Adunanza plenaria.

che la prima figura sia legata unicamente alla nullità testuale. Vanno escluse le altre ipotesi di nullità, anche per quello che segue.

La sentenza dell'Adunanza plenaria insiste, poi, sul carattere parziale della nullità: la nullità in senso tecnico sembra poter riguardare soltanto singole clausole, inserite in atti più ampi, che, per il resto, sono e rimangono validi. Atti, inoltre, che, implicando necessariamente successivi atti di applicazione⁸⁵, devono essere atti generali o normativi; dovrebbero essere esclusi gli atti semplicemente presupposti, dato che il loro contenuto unitario o inscindibile comporta che, se essi sono nulli, lo siano integralmente.

Si badi che le considerazioni appena rassegnate sono solo un (rozzo) tentativo di delimitare l'ambito entro il quale la nullità in senso tecnico potrebbe verificarsi, se l'orientamento testé aperto dall'Adunanza plenaria si consolidasse.

L'introduzione, anzi la reintroduzione, di una forma "autentica" di nullità, corrispondente al suo archetipo, è certamente una operazione di grande rilievo e dal punto di vista pratico sarebbe utile: renderebbe più semplice la tutela avverso le clausole nulle e gli atti applicativi (annullabili); evitando di dover proporre due ricorsi, l'uno per far valere la nullità della clausola, l'altro per chiedere l'annullamento dell'atto che ne fa applicazione.

La debolezza della tesi sta nel non avere una qualsiasi base legislativa, anzi nel configgere con l'unico trattamento della nullità, per incongruo che sia, dettato dalla legislazione in vigore.

14. *Considerazioni critiche conclusive*

Esposto il quadro, mutevole nel tempo, complesso, colmo di indicazioni fuorvianti o non convincenti, di dubbia costituzionalità per quel che riguarda la disciplina legislativa, posto in forse dalla giurisprudenza recente, non può che concludersi ritenendolo decisamente inadeguato e fonte di gravi incertezze.

La disciplina, anche ove non si tenga conto delle due diverse figure risultanti dalla recente presa di posizione dell'Adunanza plenaria, è "incostante"⁸⁶, si divide in trattamenti diversi⁸⁷: alla nullità con termini di decadenza si accompagna la

⁸⁵ Nella motivazione della sentenza si sottolinea che la comminazione della nullità della clausola, risalente all'art. d.l. 13 maggio 2011, n. 70, è finalizzata a "imporre alla stazione appaltante di emanare gli ulteriori atti del procedimento senza attribuire rilievo alla clausola escludente *contra legem*, nonché a consentire la piena tutela giurisdizionale – senza preclusioni – quando poi sia emanato l'atto di esclusione" (punto 12.1 della motivazione).

⁸⁶ Anche in relazione al tipo di giurisdizione del giudice amministrativo: di legittimità o esclusiva.

⁸⁷ G. MORBIDELLI, *Della 'triplice' forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 666 ss., individua, senza contare l'innovazione dell'Adunanza plenaria del 2020, sulla base dell'art. 31 c.p.a., tre diverse categorie di nullità: a) «una nullità per violazione od elusione del

nullità con termini di prescrizione; alla nullità rilevabile d'ufficio si collega quella che (forse) non lo è, e non ha bisogno di esserlo, quella, cioè, determinata dalla violazione o elusione del giudicato. Si aggiunga che la disciplina dettata dall'art. 31 non può trovare applicazione quando l'accertamento della nullità del provvedimento cade nell'ambito di giurisdizione del giudice ordinario, ossia quando il provvedimento incide su diritti soggettivi⁸⁸.

La disciplina della nullità resta inoltre incompleta, almeno sul piano del diritto sostanziale, non essendo prevista, nell'ambito della autotutela amministrativa, una misura specifica per rilevarla e farla cessare; tanto che occorre far riferimento all'annullamento d'ufficio; il quale, tuttavia, è legato a tempi e condizioni che per la nullità non appaiono necessari e risultano anzi contrari al suo modo di essere⁸⁹.

Tuttavia il dato più negativo, possibile fonte di inconvenienti, è che, essendo la disciplina della nullità, come si ricava dal quarto comma dell'art. 31 c.p.a., nel suo nucleo non dissimile da quella della annullabilità, compresa la necessità di ricorrere al giudice entro il termine di decadenza per farla valere, i provvedimenti gravemente viziati, quelli cui ci si riferisce come ipotesi di scuola, e che la Cassazione nei decenni decorsi qualificava come inesistenti⁹⁰, rischiano anch'essi di rimanere efficaci per lungo tempo, o addirittura per sempre.

L'aspetto grave, perfino pericoloso, della disciplina legislativa della nullità, è che essa tratta (quasi) come se fossero semplicemente annullabili provvedimenti che, prima che tale disciplina entrasse in vigore, erano sicuramente inidonei a

giudicato il cui accertamento è rimesso al giudice (amministrativo) dell'ottemperanza»; b) «una nullità per le ipotesi previste dalla legge, devoluta alla giurisdizione amministrativa di legittimità, e per le quali la relativa azione va proposta entro il termine di decadenza di 180 giorni»; c) «da nullità-inesistenza, per carenza di uno degli elementi essenziali (di contenuto, di oggetto, di riferibilità)».

⁸⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invaldità e inesistenza*, cit., 594. M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 198.

⁸⁹ Sul problema v. F. VETRÒ, *L'azione di nullità*, cit., 58 ss. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799: «il fatto che la rilevanza di ufficio della nullità sia dall'art. 31, co. 4, c.p.a. demandata solo al giudice, esclude che la medesima nullità possa essere rilevata *ex officio* dalla Pubblica Amministrazione (se non attraverso l'esercizio, ove ne ricorrano i presupposti, del potere di autotutela su atto proprio). Ciò appare coerente con il disegno complessivo del legislatore, che – pur in presenza dell'introdotta istituzione della nullità – ha inteso conciliare quest'ultima con il più generale principio di imperatività dell'atto amministrativo, e, quindi, con la conseguente suscettività di produrre effetti da parte del provvedimento invalido (ma non ancora dichiarato tale). E ciò il legislatore ha perseguito sia con il prevedere un termine di decadenza (onde ottenere la stabilizzazione delle situazioni giuridiche sorte per effetto del provvedimento invalido), sia con il limitare al solo giudice (escludendo tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, e quindi non solo i soggetti privati, ma anche la stessa Pubblica Amministrazione), il potere di dichiarare *ex officio* la nullità, salvo la possibilità per la P.A., ove ne ricorrano i presupposti, dell'esercizio del potere di autotutela sull'atto nullo da essa stessa emanato».

⁹⁰ I provvedimenti, ad esempio, cui fa riferimento il secondo comma del § 44 della tedesca *Verwaltungsverfahrensgesetz*,

produrre qualsiasi effetto e, pertanto, non potevano in alcun modo essere pregiudizievoli per chicchessia⁹¹.

In termini brevi, il peggiore difetto della figura positiva della nullità in diritto amministrativo è che essa ha tolto di mezzo la figura autentica della nullità, o, se si vuole, della inesistenza; la quale costituisce un baluardo insostituibile contro gli atti aberranti, posti in essere, ad esempio, da autorità del tutto prive di potere, o riguardanti oggetti del tutto sottratti al potere dell'amministrazione⁹². I provvedimenti aberranti, secondo la disciplina in vigore, se non tempestivamente impugnati, sono idonei a produrre a tempo indeterminato i loro effetti pregiudizievoli⁹³.

Prima dell'entrata in vigore del codice processuale, questo problema non esisteva.

Presa nel suo insieme, la disciplina positiva della nullità è ingiustificatamente complessa, gravemente lacunosa, fonte di sperequazioni, gravida di aspetti problematici⁹⁴: assolutamente insoddisfacente.

⁹¹ V. LOPILATO e F. CARINGELLA, *Articolo 31*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, 2015, 419, rilevano che, con la disciplina vigente, «si potrebbero consolidare per decorrenza dei termini, nei confronti di chi ha interesse all'impugnazione, gli effetti di un provvedimento emanato in difetto assoluto di attribuzione e cioè quando, tra l'altro, nessuna norma attribuisce il potere alla pubblica amministrazione».

⁹² La nullità, sottolinea A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007, 5, ha «senso proprio se ed in quanto il suo trattamento giuridico si distacchi nettamente dal regime di un'annullabilità che si rivela, sia pur non frequentemente, 'scomoda' per la stessa autorità amministrativa».

⁹³ È indispensabile una figura di invalidità, o la riammissione della nozione di inesistenza, dei provvedimenti aberranti, che comporti la loro inidoneità in radice a produrre effetti giuridici. Questa era d'altronde l'esigenza cui si ispirava la modifica introdotta nel 2005. Nella elaborazione del codice del processo amministrativo la disciplina dell'azione di nullità non ha tenuto conto di tale vitale esigenza. Sul problema, nella prospettiva di risolverlo per così dire *praeter legem*, svolgono interessanti osservazioni M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 281 ss.; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invalidità e inesistenza*, cit., 595 ss.

⁹⁴ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 383, definiscono "ibrida" la disciplina della nullità.

Per A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità*, cit., 270, «l'iscrizione della nullità tra le *species* di invalidità predicabili nei confronti dell'atto amministrativo, piuttosto che fungere da stabile punto di riferimento per definire il regime giuridico della figura, ha finito per generare svariati interrogativi (anche di teoria generale) sul trattamento giuridico delle (diverse tipologie di) difformità dell'atto amministrativo, i quali prendono (una più precisa) forma in particolare alla luce dell'analisi della giurisprudenza amministrativa, che (oramai) senza esitazione, ma con evidenti 'oscillazioni', fa uso della nullità stessa».

Abstract

Muovendo da un inquadramento storico della invalidità del provvedimento amministrativo, il lavoro rilegge criticamente le tappe che hanno portato alla previsione, nel contesto della legge sul procedimento amministrativo, della nullità nella sua molteplice configurazione, e ne individua le principali criticità e differenze rispetto al sistema civilistico, soprattutto dopo la entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Una disciplina che, ad una attenta lettura, ha trasformato la nullità in una annullabilità rinforzata, cui è, tra l'altro corrisposta la pericolosa eliminazione della inesistenza.

Una lettura critica della disciplina processuale, anche alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, è condotta anche con riferimento ai procedimenti complessi e ad altri profili quali la legittimazione a sollevare l'eccezione di nullità, anche d'ufficio, evidenziando quelle asimmetrie che caratterizzano l'intera disciplina.

Asimmetrie che, essendo all'origine di un trattamento sperequato, tanto sul piano processuale quanto sostanziale, risultano di dubbia costituzionalità. L'analisi intercetta anche il provvedimento adottato a conclusione della conferenza di servizi, in particolare con riferimento al dissenso, anch'essa densa di profili di criticità che, nell'insieme, portano a dubitare fortemente della satisfattività della sua disciplina.

The enigma of the nullity of administrative decisions

by Franco Gaetano Scoca

Starting from a historical framework of the invalidity of administrative decisions, the paper analyses the stages that led to the provision, in the context of the law on administrative procedure, of the nullity in its multiple configuration, and identifies the main criticalities and differences with respect to the civil law regulation, especially after the entry into force of the Code of the Administrative Trial. A regulation that, upon careful reading, has transformed nullity into a reinforced annulment, leading, among other things, to the dangerous elimination of nonexistence.

A critical reading of the Administrative Trial regulation, also in the light of the most recent jurisprudential arrests, is also conducted with reference to complex proceedings and profiles, such as the legitimacy to the exception of nullity, even *ex officio*, highlighting those asymmetries that characterize the whole regulation.

Asymmetries which, being at the origin of unequal treatment, both on a

procedural and substantive level, are of dubious constitutionality. The analysis also intercepts the decision that ends the multilevel decision process (so-called “conferenza di servizi”), in particular with reference to dissent, and its criticalities that, added to the others on the whole, lead to strongly doubt the adequateness of the regulation of the nullity of administrative decisions.

Una riflessione su Giambattista Vico e il diritto amministrativo

di Mario R. Spasiano

1. La pretesa di trattare del rapporto tra Giambattista Vico e il diritto amministrativo costituisce di certo una provocazione, paragonabile solo al tentativo, di agostiniana memoria, di riversare in una buca, l'acqua dell'intero mare: impossibile! Infinitamente più ampia la prospettiva del grande filosofo rispetto a quella (già non limitata) del ramo del diritto in questione, infinitamente più elevati i parametri vichiani di riferimento.

L'impossibilità della pretesa, naturalmente, assume poi ulteriore evidenza se solo si intendesse prendere in considerazione non frammenti di principi generali propri dell'agire pubblico, bensì istituti applicativi di quest'ultimo onde verificare la loro possibile collocazione nella cornice della prospettiva vichiana: esperimento, questo, che costituirebbe, innanzitutto sul piano culturale, una vera e propria offesa non solo al senso della storia ma persino del plausibile.

L'approccio al quale intendo attenermi sarà dunque molto più modesto, muovendo dalla consapevolezza della inattuabilità della missione originariamente prospettata. Mi limiterò a prendere spunto – con auspicata e ricercata prudenza – da alcuni semplici elementi tratti dalla ampia e complessa impalcatura giuridica vichiana per trarre occasione per alcune minime considerazioni, talora solo implicite, in ordine a vicende che hanno nel tempo fortemente connotato l'esercizio del potere pubblico e soprattutto il concetto di *autoritas*, entrambi elementi cardine sia del pensiero di Vico sia del diritto amministrativo.

2. Come noto agli studiosi della materia, secondo Giambattista Vico, nel *De uno universi iuris principio et fine uno* (Napoli, 1720), verità ed equità sono il fondamento di ogni società.

Il *gius* rettorio e il *gius* equatorio compongono la giustizia, sicché da un lato i cittadini osservano, nei vicendevoli loro rapporti, le leggi dell'equità alle quali presiede la pubblica autorità, dall'altro quella stessa autorità trae la propria forza dal comune e spontaneo consenso dei cittadini.

Nelle società civili, l'autorità (pubblica) è originata dal complesso dei diritti di dominio e di padronanza proprio di tutti i cittadini (in una prospettiva di potere pubblico quale frutto di delega, secondo l'originaria impostazione aristotelica); più precisamente, in Vico, la potestà sovrana proviene dall'insieme delle potestà di "tutti i padri", mentre la libertà del singolo è il derivato della libertà di tutti.

La potestà esercita, a vantaggio della intera comunità, il dominio degli averi e di quelli che si potrebbe definire – non senza una certa approssimazione – l'in-

sieme dei diritti dei cittadini, la condizione di dominio, insomma, si antepone a qualsiasi posizione di diritto privato, in ogni caso prevalendo.

A supporto del suo esercizio e della sua effettività, la potestà sovrana dispone della forza, persino di armi, è munita di poteri sanzionatori nei confronti del cittadino. Spettano peraltro ad essa, le leggi, la magistratura, la difesa, le alleanze, le guerre (che saranno i compiti fondamentali dello Stato addirittura fino alla seconda parte del XIX secolo).

Per Vico, i cittadini godono della libertà civile nel momento in cui dispongono di leggi, di una magistratura e di una tesoreria pubblica il cui funzionamento è affidato al governo. Quest'ultimo opera mediante incentivi, reprimende e imposizioni, in modo simile, ancora una volta, al governo di "un padre di famiglia che assegna uffici e operazioni ai propri servi e raccoglie masserizie".

L'Autorità elargisce premi, castighi, incentivi e disincentivi, onori, tutte misure che vanno ineludibilmente rapportate ai meriti e alla dignità di ciascun cittadino in quanto laddove tali condizioni sussistano, la libertà civile fiorisce. La *auctoritas*, d'altronde, è costituita da tre elementi, tutti di origine divina: il dominio, la libertà civile e la sovrana potestà, elementi unificati e reciprocamente implicati, coesenziali al punto che venendo a mancare anche uno solo di essi, il governo civile ben presto tenderebbe a scomparire.

Alla Autorità spetta il compito di costruire la "giustizia architettonica", obiettivo sociale volto a innalzare l'edificio della "civile felicità" la quale coincide con il rispetto dei principi del diritto naturale, fonte inesauribile di riferimento e di ispirazione dell'umano agire.

Nella prospettiva di Vico, tuttavia, questo poderoso compito edificatorio non è prerogativa esclusiva della potestà sovrana, ma impegna – almeno sul piano etico – il cittadino nell'esercizio di una decisiva funzione compartecipativa che si esprime in termini di obbligo di osservanza delle virtù civili: è nell'ossequio alla norma che si realizza la partecipazione civica. In altri termini, la prospettiva del rapporto autorità-comunità-cittadino si assesta in un ambito di dialogica interdipendenza, condizione di estremo interesse per i risvolti di tipo pubblicistico che implica, a cominciare dalla considerazione del contenuto proprio di quello che oggi definiremmo con la terminologia "interesse pubblico".

C'è tuttavia da fare una precisazione in ordine alle virtù civili onde evitare mistificazioni del pensiero di Vico: esse sono costituite da un coagulo di adempimenti di natura religiosa, morale o civica (e che, a titolo esemplificativo, spaziano da obbligazioni morali personali quali l'astensione dall'operare "smodati dispendi", al rispetto dell'obbligo di fedeltà coniugale, sino al generale vincolo di sottoposizione a tutte le prescrizioni di diritto positivo vigenti). In fondo, si tratta di un'amplessissima gamma di precetti di varia origine e contenuto, ma che esprimono con verosimile chiarezza una realtà insopprimibile: la repubblica, lo stato, in Vico, non sono altro che riflessi, persino riproduzioni dell'immagine di

Dio, alle cui forme di manifestazione va ispirato ogni comportamento, qualsiasi prescrizione dell’Autorità umana, chiamata a rendere ragione a Lui del proprio agire (non, certo, al cittadino).

Appare allora inevitabile che il diritto positivo confluisca, assimilandosi, nel diritto naturale, per riaffermarlo o al più riempirne, in coerenza con i suoi principi, gli spazi lasciati vuoti.

Viene allora da chiedersi, nella sussistenza di tali parametri di riferimento, con quale strumento sia in grado di operare in concreto la prescrizione normativa astratta.

Secondo la prospettazione di Vico, la norma astratta si esprime traducendosi in “comandi”, ossia in atti propri dell’autorità alla quale competono due livelli di manifestazione: un primo, quello della *Jurisdictio*, consistente nel potere di “fare le leggi”. Quelle leggi, poi, operano attraverso strumenti propri di un secondo livello, al quale si conferisce il nome di *Jurisdictio* (comandi, appunto), emanati direttamente dalla potestà sovrana o dalla stessa delegati a poteri sottoposti.

Nell’evidenziarsi l’assenza di qualsiasi distinzione tra i poteri fondamentali dello Stato (che, come noto, troverà affermazione solo alla fine del ‘700), deve rilevarsi che in fondo la stessa *Jurisdictio*, in Vico, non è di per sé necessaria. Essa rinviene la propria ragion d’essere solo nella esperienza caduca umana, ossia nella incapacità dell’uomo di rispettare autonomamente i precetti della legge (naturale), sì da imporre all’autorità l’adozione di interventi a carattere preventivo, prescrittivo, correttivo, coercitivo o sanzionatorio.

Il comando (provvedimento), espressione formale dell’Autorità, assume quindi la “forma corporea” di manifestazione concreta del dominio, della libertà e della tutela, una forma – per le ragioni anzidette – necessitata, atta a conformare al bene “*gli infiniti e informi voleri dei cittadini*”.

Nella prospettiva, l’esercizio dell’autorità assume dunque una funzione educativa o prescrittiva e in quella prospettiva la *Jurisdictio* finisce col contribuire, “*con sincerità e convenienza*”, “*senza fraudolenza o temerarietà*”, a fissare i corretti e opportuni requisiti per l’acquisto, la conservazione e il trasferimento di diritti, rendendo questi, sotto il profilo sociale dei rapporti inter-relazionali, “*certi e pacati*”, non bisognosi di ulteriori interventi esplicativi magari dovuti alla *verecondia*, largamente fondati su “*gran parte della verità e dell’onestà del diritto naturale*”.

L’effetto pacificatorio e anche di certificazione (*certum facere*) del cittadino, da parte della *Jurisdictio* e dei suoi comandi, si è per tale ragione diffusa tra le genti facendo in modo che ciascun diritto di utilità privata provenisse e in ogni caso dipendesse dall’autorità pubblica.

È evidente, anche in questi passaggi, l’influenza che su Vico aveva esercitato il pensiero di Sant’Agostino (*De civitate Dei*) laddove il Vescovo-filosofo individuava nella città terrena, lo strumento di realizzazione di pace teso a indirizzare alla concordia e all’armonia i cittadini. Ma sotto diverso e complementare profilo,

va anche rilevato che Vico neanche si sottrae del tutto, sebbene fondando su presupposti differenti, a quel concetto di autorità che nei secoli XVI e XVII ha fortemente connotato l'interesse pubblico quale situazione giuridica identificantesi nello Stato-persona, ossia in uno Stato depositario esclusivo e assoluto del bene comune.

Machiavelli, Bodin, dapprima, Hobbes e Locke, in seguito, risolti i richiami di ordine morale e metafisico della patristica e della scolastica, avevano affermato una concezione nella quale lo Stato, tutore monopolista degli interessi generali, attuava i suoi compiti attraverso l'esercizio di un potere superiore.

Ma in Vico, gli interessi generali presentano natura diversa, carattere razionale e artificiale, riflesso degli interessi naturali propri dei singoli individui. Di certo, come rilevato, anche nel contesto ricostruttivo vichiano, la fonte di legittimazione del potere pubblico va rinvenuta nella delega che ciascun cittadino sottoscrive a favore di un potere superiore che è tenuto, in via esclusiva, a tutelare gli interessi generali. E su tale presupposto, se in Hobbes (*Leviatano*, 1651), la moderna e borghese concezione dello Stato come corpo politico fondato su un contratto tra popolo e re (da cui dipende l'autorità del sovrano) garantisce al suddito l'esercizio dei suoi diritti naturali di uomo, dai quali il diritto positivo non può in qualsiasi modo discostarsi, in Vico la prospettiva non si discosta, mutano naturalmente le cause prime della sua analisi, ancora una volta risalenti, per il nostro filosofo, alla visione trascendente dell'umana esistenza e delle sue vicende, alla immanente presenza divina nell'esercizio delle libertà.

Vico, in queste proiezioni, non è affatto alieno alle questioni di fondo del diritto amministrativo, anche moderno; al netto delle sue (invero imprescindibili) convinzioni metafisiche, il suo pensiero, rielaborato dalla consapevolezza del senso della storia, affonda le radici in un passato antico, anche molto antico, e su quello continua a sollevare spunti di riflessione che collocano la persona, le sue umane aspirazioni, il suo rapporto con la comunità, al centro dell'ordinamento, anche in una visione completamente laica.

Abstract

Il contributo ha ad oggetto l'esame di due elementi fondativi del diritto amministrativo, quali il concetto di *auctoritas* e l'esercizio del potere pubblico, così come declinati nel pensiero di Giambattista Vico. L'Autore analizza, in particolare, le ragioni che secondo l'impostazione vichiana giustificano l'esercizio del potere da parte dell'Autorità, sottolineando il ruolo di partecipante riconosciuto al cittadino, chiamato a rispettare il precetto normativo in funzione di partecipazione civica. In questa prospettiva, l'Autore afferma che nel pensiero di Vico l'adozione di "comandi" (oggi provvedimenti) da parte dell'Autorità trova la sua ragion d'essere unicamente nella incapacità dell'uomo di rispettare autonomamente i precetti della legge (naturale). Anche in Vico, in altri termini, lo Stato esercita il potere sovrano in quanto unico tutore degli interessi generali, ma questi ultimi rappresentano il riflesso degli interessi naturali propri dei singoli individui, collocando, così, l'uomo al centro dell'ordinamento in piena coerenza con la visione etica e trascendente dell'esistenza propugnata dal filosofo.

Reflecting on Giambattista Vico and administrative law

by Mario R. Spasiano

This paper examines two of the main concepts of administrative law, namely "authority" and "exercise of public power", as expressed in Giambattista Vico's thought. The Author analyses the reasons that, according to Vico, justify the exercise of power by the Authority, underlining the role of co-participant recognized to citizens, respectful of the normative precept in function of civic participation. In this perspective, the Author states that in Vico's thought the adoption of "commands" (administrative measures) by the Authority finds its justification only in citizen's inability to independently respect natural law precepts. In Vico's theory too, the State exercises sovereign power as the sole guardian of general interests, but the latter are the reflection of the natural interests of individuals: the citizen, in this way, is placed at the centre of the legal order, in full consistency with the ethical and transcendent vision of existence proposed by the philosopher.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la riforma della giustizia

di Giuseppe Verde

SOMMARIO: 1. Il *Next Generation EU* e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal secondo governo Conte al governo Draghi. – 2. La prospettiva delle riforme nelle dichiarazioni programmatiche del Presidente Draghi: le *Country Specific Recommendations* indirizzate al nostro Paese per gli anni 2019 e 2020. – 3. La riforma della giustizia dal Piano del secondo Governo Conte al Piano del Governo Draghi. – 4. La riforma della giustizia come riforma “orizzontale”. – 5. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il Regolamento UE del 12 febbraio 2021. – 6. La riforma della giustizia dalle “vecchie” questioni alla prospettiva del Piano. – 7. La riforma della giustizia: obiettivi e tempi. – 8. La prospettiva della riforma della giustizia: dallo scontro politico alla prospettiva europea per una giustizia effettiva e imparziale. – 9. Il c.d. disegno di legge “Bonafede” (A.C. 2681). – 10. I richiami al ruolo del Csm. – 11. La riserva di legge e la multiforme disciplina delle materie di cui al Titolo IV della Costituzione. – 12. Il senso della riforma della giustizia: le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale e i richiami del Presidente della Repubblica. – 13. *L’iter* parlamentare della riforma fra incertezze politiche ed esigenze di cambiamento.

1. *Il Next Generation EU e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal secondo governo Conte al governo Draghi*

La pandemia ha imposto alle istituzioni dei paesi colpiti dal Coronavirus Covid – 19 di adottare scelte urgenti per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Il nostro Paese ha dovuto elaborare una strategia per provare ad arginare il diffondersi del virus ed affidato allo Stato, alle Regioni e agli enti locali il compito di fronteggiare una crisi che in ragione della tutela della salute ha comportato una restrizione degli spazi di libertà personale¹.

L'Unione Europea, per fronteggiare gli effetti economici e sociali della pandemia, ha proposto un programma straordinario di investimenti per 750 miliardi di euro. Il *Next Generation EU* (unitamente al *Multiannual Financial Framework* in seno al budget UE 2021 – 2027) ha, infatti, innovato il quadro pluriennale finanziario 2021-2026 prevedendo che gli Stati membri elaborino un proprio

¹ Per una esposizione dei problemi generali si rinvia ai contributi di, V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus*, Milano, 2020; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2020; U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid – 19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021. Numerosi sono i contributi apparsi sui forum o sulle sezioni di approfondimento delle riviste online, *dirittifondamentali.it*; *federalismi.it*; *osservatorioaic.it*; *Osservatorio sulle fonti.it*. Sui provvedimenti che si sono susseguiti e sul loro fondamento v., A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2/2020, 109 ss.; G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione* (www.unicost.eu).

Piano di Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Plan*) in cui saranno indicate le riforme e gli investimenti necessari per assicurare un complessivo rilancio degli Stati membri.

Anche il nostro Paese, nel condividere le politiche europee di sostegno finanziario alle economie nazionali, ha risposto elaborando un progetto di complessivo rilancio e modernizzazione. Lo sviluppo sociale ed economico nazionale è oggi affidato agli interventi programmati con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che il Governo ha trasmesso al Parlamento in data 25 aprile 2021. Infatti, dopo le comunicazioni alle Assemblee di Camera e Senato (avvenute nei giorni 26 e 27 aprile) del Presidente Draghi, i due rami del Parlamento hanno approvato due rispettive risoluzioni parlamentari e il 30 aprile il PNRR è stato formalmente trasmesso alla Commissione europea.

Le ultime fasi dell'approvazione del Piano italiano potrebbero lasciare immaginare che il rapporto fra Governo e Parlamento si sia concentrato solo nei giorni compresi tra la presentazione alle Camere e la successiva trasmissione. Al contrario deve rammentarsi che Governo e Parlamento hanno promosso un articolato confronto che ha preso avvio nel settembre del 2020 e che si è tradotto nella presentazione (in data 15 gennaio 2021) da parte del Presidente del Consiglio Conte al Parlamento della proposta del Piano di nazionale di Ripresa e Resilienza.

La crisi dell'esecutivo guidato dal prof. Conte e l'avvio del Governo guidato dal Presidente Draghi² hanno certamente inciso sulla definizione delle misure e degli investimenti senza però stravolgere i contenuti che via via si erano affinati nel corso della collaborazione Governo – Parlamento avvenuta tra il settembre del 2020 e il gennaio del 2021.

Come si avrà modo di precisare meglio nel prosieguo di questo scritto tra le riforme ora presenti nell'*agenda politica* del nostro Paese figura il tema della "giustizia" al quale sia la Proposta di Piano del gennaio 2021 che il Piano definitivo del 30 aprile dedicano una particolare attenzione.

In questa sede interessa quindi provare a ricostruire i contenuti veicolati con l'espressione *riforma della giustizia* e a richiamare criticamente gli aspetti più problematici.

² Sulla nascita del Governo Draghi e sulla formula politica che lo sostiene v. N. LUPO, *Un governo 'tecnico-politico'? Sulle costanti nel modello dei governi 'tecnici', alla luce della formazione del governo Draghi*, in *federalismi.it*, 8/2021, 134 ss.; A. RUGGERI, *La nascita del Governo Draghi, la resa senza condizioni della politica dei partiti alla politica del Presidente del Consiglio e i nuovi scenari che si prefigurano per i rapporti tra quest'ultimo e i Ministri*, in *Consulta online*, (editoriale del 15 febbraio 2021).; G. CAVAGGION, *La formazione del Governo Draghi: ritorno alla "normalità costituzionale" o conferma delle nuove prassi?*, in *federalismi.it*, 13/2021, 12 ss.; T.E. FROSINI, *Recensione a Paolo Armaroli, Effetto Draghi. La metamorfosi di una Repubblica*, Lucca, 2021, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, 84 ss.

2. *La prospettiva delle riforme nelle dichiarazioni programmatiche del Presidente Draghi: le Country Specific Recommendations indirizzate al nostro Paese per gli anni 2019 e 2020*

Le intenzioni politiche dell'esecutivo si manifestano a partire dalle *Dichiarazioni programmatiche del Presidente Draghi* rese dinanzi ai due rami del Parlamento in occasione dell'avvio del dibattito sulla fiducia.

In quell'occasione il Presidente Draghi sottolinea la natura *repubblicana* dell'esecutivo ed affida al Governo della Repubblica il compito di procedere ad una *Nuova Ricostruzione* destinata a realizzarsi muovendo dall'appartenenza del nostro Paese all'Unione europea.

L'imprevedibile evento della pandemia e l'avvio di un poderoso sostegno europeo alla rinascita sociale ed economica dei paesi membri dell'Ue sostengono il cammino delle riforme che dovranno realizzarsi nel rispetto di precisi impegni. Mancare l'appuntamento con le attese riforme comporterebbe l'aumento del divario fra l'Italia e le altre democrazie occidentali determinando un danno irreversibile per le future generazioni.

Nel passare in rapida rassegna le riforme richieste dal *Next Generation EU* il Presidente del Consiglio rammenta che alcuni temi risultano presenti nell'agenda politica italiana da troppo tempo e, malgrado le analisi approfondite, si deve constatare la perdurante resistenza delle nostre istituzioni al cambiamento e alla modernizzazione.

In questo contesto si colloca anche il tema della giustizia che nelle Dichiarazioni del Presidente Draghi viene inquadrato nel contesto delle *aspettative dell'Unione europea* che vengono individuate a partire dalle *Country Specific Recommendations* indirizzate al nostro Paese negli anni 2019 e 2020.

Le suddette Raccomandazioni – in buona sostanza – mettono a fuoco due problemi noti: i tempi della giustizia civile e la corruzione.

Le considerazioni che possono trarsi dalle Raccomandazioni presentano elementi di differenziazione che meritano di essere esposti perché così facendo appariranno più chiare le aspettative dell'Unione europea. In generale, emerge dai richiami contenuti nelle Raccomandazioni del Consiglio per gli anni 2019 e 2020 una sollecitazione per organizzazione la cui efficienza riesca a rispondere alla domanda di giustizia in tempi ragionevoli e prevedibili. È interesse dei cittadini e degli operatori economici che lo stato di incertezza legato alla pendenza della controversia cessi con l'adozione di un provvedimento decisorio che ponga fine alla lite. Non va poi dimenticato che l'esercizio delle libertà economiche è fortemente compromesso dalla complessità normativa che costituisce il terreno fertile per la corruzione e la criminalità che vede nella crisi e nelle prospettive di ripresa una formidabile occasione per infiltrare il sistema economico.

Nella *Country Specific Recommendations 2019 Italia* si afferma in modo abbastanza diretto che «la scarsa efficienza del sistema giudiziario civile italiano conti-

nua a destare preoccupazione» in quanto «presso la Corte suprema di Cassazione l'elevato numero di cause in entrata, combinato ai tassi di smaltimento inferiori della sua sezione tributaria, incide negativamente sull'efficienza generale della Corte e solleva preoccupazioni per la qualità del sistema della giustizia tributaria nel primo e secondo grado di giudizio» ed ancora si sostiene che «altre difficoltà sono connesse all'utilizzo tuttora limitato e incoerente del filtro di inammissibilità per gli appelli al giudice di secondo grado, ai numerosi posti vacanti per il personale amministrativo e alle differenze che persistono tra i tribunali per quanto riguarda l'efficacia della gestione dei casi». Per quel che attiene al tema della corruzione viene richiamata con favore la legge anticorruzione del 2019 anche perché la suddetta legge «interrompe i termini di prescrizione dopo una condanna in primo grado, ma solo a partire dal 2020: ciò costituisce un passo positivo, atteso da tempo, in linea con gli standard internazionali». Ciò detto si sottolinea, però, che «la repressione della corruzione resta tuttavia inefficace in Italia³, soprattutto perché la durata dei procedimenti penali continua a essere eccessiva in mancanza della tanto necessaria riforma del processo penale, ivi incluso il sistema di appello per evitare abusi dei contenziosi. Inoltre, permangono lacune nel perseguimento di reati specifici, quali l'appropriazione indebita di denaro pubblico». Le conclusioni per il 2019 richiamano il nostro Paese a intervenire per «ridurre la durata dei processi civili in tutti i gradi di giudizio» e per «migliorare l'efficacia della lotta contro la corruzione riformando le norme procedurali al fine di ridurre la durata dei processi penali».

Nella *Country Specific Recommendations 2020 Italia* le indicazioni sono meno precise rispetto a quelle in precedenza richiamate per l'anno 2019 e nel contesto di un unico ragionamento che assimila i temi della riforma della giustizia con quelli della riforma della Pubblica Amministrazione è dato leggere che «un sistema giudiziario efficiente è fondamentale per un'economia attraente e propizia agli investimenti e all'imprenditoria e sarà fondamentale nel processo di ripresa, anche mediante l'attivazione di quadri efficienti per il salvataggio e il rilancio». Le osservazioni svolte in riferimento al tema della corruzione sono più stringenti in quanto richiamano il rischio che l'economia nazionale risulti permeabile alla malavita organizzata. L'attenzione si concentra sulla disciplina di aggiudicazione degli appalti pubblici per i quali si avverte una particolare esposizione del sistema alla corruzione. Per quel che attiene al processo penale si precisa che «i tempi di esaurimento dei procedimenti penali presso i tribunali d'appello continuano a destare preoccupazione, ma sono attualmente in discussione al Parlamento riforme globali volte a snellire le procedure penali». L'indicazione finale contenuta nelle Raccomandazioni per il 2020 è nel senso di «migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e il funzionamento della pubblica amministrazione».

³ Sul punto si rinvia all'attenta analisi di G. TARLI BARBIERI, *Corruptio optimi pessima. La corruzione della politica nello specchio del diritto costituzionale*, Modena, 2021.

3. *La riforma della giustizia dal Piano del secondo Governo Conte al Piano del Governo Draghi*

I temi della riforma della giustizia risultano ora indicati nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza formalmente trasmesso alla Commissione. La definizione delle riforme ha certamente risentito del dibattito che si è svolto nel corso dell'attuale legislatura circa l'utilizzo delle risorse messe a disposizione dall'Unione europea. Infatti, anche la Proposta del Piano trasmesso al Parlamento nel gennaio 2021 (secondo Governo Conte) contiene precisi indirizzi in tema di giustizia⁴.

Più precisamente la Parte II del suddetto piano individua le «missioni e linee programmatiche» e al punto 3 si parla di *Innovazione organizzativa della giustizia* che, secondo le intenzioni del Presidente del Consiglio del tempo, rappresenterebbe un intervento che impegna risorse per 3 miliardi e 10 milioni di euro.

L'interesse principale è la ragionevole durata del processo. Per ridurre i tempi della giustizia è necessario muovere dall'implementazione del processo telematico (da migliorare e diffondere in tutte le realtà processuali) e considerare interventi destinati ad interagire subito con i problemi più gravi. A ciò si aggiungono altre iniziative destinate a produrre miglioramenti di carattere sistemico.

Al fine di smaltire l'arretrato pendente presso gli uffici giudiziari, si pensa ad interventi che possano coadiuvare ed assistere il giudice nello studio del fascicolo processuale così che il magistrato potrà concentrarsi sull'attività decisionale in senso stretto, mentre la ricognizione di fatti, atti e documenti e l'esame dei precedenti giudiziari dovrebbero essere affidati all' "Ufficio del processo". Si pensa poi ad una valorizzazione dell'apporto della magistratura onoraria che dovrebbe concorrere allo smaltimento dell'arretrato della giustizia tributaria⁵.

Dal punto di vista sistemico le riforme si indirizzerebbero lungo due direttrici principali.

La prima è rappresentata dal processo civile e dal processo penale per i quali vengono richiamati i punti salienti di due disegni di legge delega pendenti in Parlamento⁶.

⁴ ATTI PARLAMENTARI – XVIII LEGISLATURA, DOC. XXVIII N. 18, PARTE II – MISSIONI E LINEE PROGETTUALI, 58 ss.

⁵ In ragione del fatto che risultano pendenti presso la Sezione tributaria della Corte di cassazione per il 2019 ben 52.540 procedimenti, si propone che "al fine di affrontare questa perdurante criticità, ... possano essere assegnati, in via straordinaria, magistrati onorari ausiliari in via temporanea e contingente alle sezioni tributarie della Corte, e per due cicli, al fine di abbattere l'arretrato endemico che appesantisce da tempo dette sezioni incidendo negativamente sulla performance di smaltimento di tutta la Cassazione" (ATTI PARLAMENTARI – XVIII LEGISLATURA, DOC. XXVII N. 18, 59).

⁶ Per la riforma del processo civile si tratta del disegno di legge di iniziativa governativa "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie", presentato in data 9 gennaio 2020 ed

La seconda direttrice attiene all'ordinamento giudiziario per il quale si individuano tre distinti ambiti di intervento. Come primo obiettivo si pensa a nuove «norme di organizzazione dell'attività degli uffici di diretta incidenza sulla gestione efficiente del comparto giustizia». Altro campo di intervento è dato dalle «norme di ordinamento giudiziario che producono effetti di efficienza nella complessiva gestione delle risorse umane». Poi si prospettano «interventi diretti a garantire un esercizio dell'autogoverno della magistratura libero da condizionamenti esterni e, quindi, improntato a scelte fondate solo sul buon andamento dell'amministrazione».

Nel contesto di quest'ultima prospettiva le linee di riforma che provengono dalla Proposta del Piano del Presidente Conte riguardano tre profili distinti. Il primo attiene ai procedimenti di selezione sia dei capi degli uffici che dovrebbero essere magistrati «dotati delle capacità e delle professionalità necessarie» sia dei magistrati cui affidare le funzioni di legittimità in quanto si avverte la necessità di «un recupero di qualità della funzione nomofilattica». Il secondo riguarda il Consiglio superiore della magistratura per il quale si immagina un nuovo sistema elettorale e «una rimodulazione dell'organizzazione interna». Il terzo attiene alla introduzione di una disciplina fortemente restrittiva per quel che attiene allo *status* giuridico del magistrato che pensi di candidarsi a cariche elettive (sia che sia eletto sia che non sia eletto). Analogo intervento normativo è immaginato anche per i magistrati che abbiano assunto un incarico di governo nazionale, regionale o locale.

4. *La riforma della giustizia come riforma “orizzontale”*

Il Piano esitato dal Governo Draghi definisce la riforma della giustizia (unitamente a quella della P.A.) come riforma “orizzontale” o “di contesto”. Con ciò si vuol richiamare l'attenzione sulla valenza strutturale (al pari delle riforme “abilitanti”) che la riforma della P.A. e la riforma della giustizia hanno rispetto a tutte le missioni indicate nel Piano.

I punti salienti delle riforme risultano già indicati dalla Ministra della Giusti-

assegnato in data 23 gennaio alla Commissione Giustizia (Senato della Repubblica) in sede referente (A.S. 1662) che nella seduta di giorno 11 maggio 2021 ha avviato la discussione congiunta con il disegno di legge “Istituzione e funzionamento delle camere arbitrali dell'avvocatura” (A.S. 311), e si annunzia la presentazione da parte del Governo di un emendamento ampiamente modificativo, su cui v., B. CAPPONI, *Prime note sul maxi-emendamento al d.d.l. 1662/S/XVII*, in *Giustizia Insieme (online)*, 18 maggio 2021. Per quel che attiene alla riforma del processo penale si tratta del disegno di legge di iniziativa governativa “Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello”, presentato in data 13 marzo 2020 ed assegnato alla Commissione Giustizia in sede referente (Camera dei Deputati) il 24 aprile 2020 e in corso di esame in Commissione (A.C. 2435).

zia nel corso dell'audizione svolta presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati nella seduta del 15 marzo 2021⁷. In quella sede si sottolinea l'importanza del lavoro istruttorio già svolto dal Parlamento e si individuano gli ambiti su cui sarà necessario intervenire.

La prospettiva delle riforme anticipata dalla Ministra dinanzi alla Commissione giustizia prospetta buona parte dei contenuti presenti nel PNRR.

Così, anche il Piano formalmente trasmesso prende avvio dal problema fondamentale rappresentato dai tempi del processo che incide negativamente sulla concorrenza, sullo sviluppo delle imprese manifatturiere italiane, sulle condizioni di finanziamento delle famiglie e delle imprese.

Per il futuro del nostro Paese si prospetta un “Piano Straordinario per la Giustizia” strutturato come intervento organico di riforma da realizzare attraverso il ricorso alla delega legislativa. Più precisamente – da un punto di vista metodologico – il Governo intende avviare un confronto con il Parlamento che, muovendo dal contributo di specifiche Commissioni ministeriali tecniche, definisca una proposta relativa al campo di intervento (oggetto delle delega) e individui, in ragione del dibattito scientifico e giurisprudenziale, il perimetro entro il quale l'intervento del Governo dovrà realizzarsi (principi e criteri). Sarà poi il dibattito parlamentare a definire il contenuto della legge delega⁸.

Gli ambiti prioritari di intervento non sono dissimili da quelli che è dato reperire dalla Proposta del Presidente Conte, anche se ora essi sono messi a fuoco con maggiore chiarezza in quanto per ognuno di essi risultano definito l'obiettivo specifico, le modalità e i tempi di attuazione.

In questo senso il Piano diventa il *centro propulsore* di importantissime riforme (si pensi alla giustizia civile e ai procedimenti esecutivi, al ricorso a strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo civile, alla giustizia tributaria, al sistema sanzionatorio penale) destinate a prendere corpo entro la fine di quest'anno, così da procedere all'approvazione dei decreti legislativi nel corso

⁷ M. CARTABIA, *Linee programmatiche sulla giustizia*, Audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati, 15 marzo 2021. La Ministra si sofferma – in particolare – sull'efficienza della giustizia, sui problemi della giustizia civile, tributaria e penale, sul Csm e sull'ordinamento giudiziario, precisando che “non cerchiamo la perfezione, ma le migliori risposte possibili nelle condizioni date”.

⁸ Sul modello costituzionale della delega legislativa e sulla sua trasformazione v., A. ALBERTI, *La delega legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Torino, 2015; ID., *La Corte costituzionale sui costi standard delle Università: ancora una delega illegittima salvata (sentenza n. 104 del 2017)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2017, 636 ss.; G. MARCHETTI, *La delega legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, 2016. Sugli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, v. G. TARLI BARBIERI, *L'“erompere” dell'attività normativa del Governo alla luce della sent. 104 del 2017: conferme e novità da un'importante pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2017, 1091 ss.; F. LUCIANÒ, *Le “coordinate ermeneutiche” delineate dalla Corte costituzionale sulla delega legislativa: nota a margine delle sentenze nn. 79 e 170 del 2019*, in *federalismi.it*, 21/2019, 1 ss.

del 2022 e riservare il successivo anno alla definizione di ulteriori atti normativi (decreti ministeriali e regolamenti).

Per quel che attiene al reclutamento del personale da destinare all'Ufficio del processo si immagina che le assunzioni debbano aver luogo nei primi mesi del 2022.

Per quel che attiene alla riforma dell'ordinamento giudiziario i tempi sono ancor più ridotti, in quanto il Governo attende di conoscere gli esiti dei lavori delle apposite Commissioni ministeriali tecniche, ma prospetta per giugno 2021 la calendarizzazione dei lavori parlamentari per la riforma della disciplina del conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi ai magistrati ordinari, dell'accesso alle funzioni di legittimità, dell'accesso in magistratura, degli illeciti disciplinari (e del funzionamento della relativa commissione del Csm), delle modalità di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, senza tralasciare di intervenire sul funzionamento degli uffici giudiziari e sullo *status* giuridico da assicurare al magistrato ordinario che abbia partecipato a competizioni elettorali politiche o abbia assunto incarichi di governo (sia a livello centrale che regionale o locale).

5. *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il Regolamento UE del 12 febbraio 2021*

La definizione del PNRR risponde alle previsioni di cui al Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 (regolamento che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza). Nella definizione del Piano deve prestarsi osservanza a quanto espressamente previsto dall'art. 18 del suddetto regolamento che, per quello che qui interessa, la riforma della giustizia italiana indica «i traguardi e gli obiettivi previsti e un calendario indicativo dell'attuazione delle riforme» secondo quanto è dato leggere al paragrafo 4 lettera i) del regolamento.

La valutazione della Commissione riguarderà anche l'efficacia del Piano (oltre alla pertinenza, all'efficienza e alla coerenza) il che significa attenersi agli impegni assunti da Governo e Parlamento sull'impatto duraturo delle misure previste e sui tempi di realizzazione degli impegni.

Una volta completata la valutazione, su proposta della Commissione, il Consiglio approva mediante decisione di esecuzione, la valutazione del Piano per la Ripresa e la Resilienza presentato dallo Stato membro (art. 20) che potrà essere modificato solo in presenza di “circostanze oggettive” in quanto la Commissione potrà respingere la richiesta di modifica avanzata dallo Stato membro «se ritiene che i motivi addotti dallo Stato membro interessato non giustifichino una modifica del pertinente piano per la Ripresa e la Resilienza» (art. 21).

È noto che il sostegno finanziario alle riforme è assicurato dal contributo

finanziario e dal prestito che, nel contesto della disciplina sulla quale si sta riflettendo, possono anche essere sospesi ove la Commissione accerti che «i traguardi e gli obiettivi indicati nella decisione di esecuzione del Consiglio ... non sono stati conseguiti in misura soddisfacente». Detta sospensione «è revocata solamente quando lo Stato membro interessato ha adottato le misure necessarie per garantire un conseguimento soddisfacente dei traguardi e degli obiettivi che figurano nella decisione di esecuzione del Consiglio». Sul punto il regolamento del 2021 prevede una riduzione proporzionata dell'importo del contributo e ove possibile anche del prestito fino a giungere – nel caso in cui lo Stato membro non abbia compito “progressi concreti” – alla risoluzione degli accordi di prestito con il conseguente disimpegno del contributo finanziario e al recupero del prefinanziamento accordato (art.24).

L'avvio di un qualsiasi dibattito sulle riforme suscita osservazioni, critiche e perplessità. In una certa misura tutto ciò non solo non è evitabile ma esprime una vitalità culturale e scientifica, che se ben canalizzata non potrà che agire per il bene.

È da osservare però che il tema delle riforme più che di approfondimenti (che non mancano e che non mancheranno) necessita di una decisione politica che consenta almeno di avviare il percorso grazie al quale si immagina una modernizzazione delle istituzioni della Repubblica.

La prospettiva segnata dal Governo Draghi presenta alcune caratteristiche convincenti.

Per prima cosa le iniziative proposte attengono tutte al piano legislativo e non anche a quello costituzionale. Ciò anche per quel che riguarda gli interventi previsti in tema di ordinamento giudiziario per la parte che coinvolge la Costituzione e il funzionamento del Csm. Il confronto politico è bene che si tenga lontano dai richiami di chi lega la riforma della giustizia a una modifica della disciplina costituzionale del Csm⁹. È da rammentare che quest'ultima prospettiva non è ricompresa tra gli obiettivi contenuti nel Piano di Ripresa e Resilienza e quindi, se avviata, sarebbe inevitabilmente destinata ad interagire con le riforme legislative del Piano comportando di fatto un loro rinvio *a data da destinarsi*.

Per questa ragione ritengo che la parte finale della legislatura dovrebbe essere dedicata esclusivamente alle riforme della giustizia di cui si è detto e ciò indipendentemente dal merito e dalla bontà o meno delle ipotesi di revisione del Titolo IV della Costituzione¹⁰.

⁹ La prospettiva della revisione della Costituzione è presente per esempio nel dibattito svoltosi sulle pagine de *Il Riformista* da G. NEPPI MODONA (*È ora di dire basta all'autotutela corporativa*, 27 aprile 2021) e da A. MANNINO (*Caro Neppi, no ai prof al Csm: utilizziamo il modello Consulta*, 18 maggio 2021) ed anche nel contributo di L. VIOLANTE, *I poteri e la responsabilità*, in *la Repubblica*, 18 maggio 2021).

¹⁰ Sul punto reputo sempre attuale quella considerazione – svolta in un contesto ordinamentale completamente diverso – che ci ricorda che «le riforme costituzionali sono come le medicine, che

L'approccio al tema delle riforme è da ritenere equilibrato anche per quel che attiene al metodo seguito dal Governo. Certamente aiuta il contributo tecnico delle Commissioni ministeriali perché finisce per collocare le proposte sugli incarichi apicali ai magistrati ordinari, sulle modiche allo *status* giuridico del giudice e sulla costituzione e sul funzionamento del Csm, su un piano oggettivo, grazie al quale matura una riforma per il bene del Paese¹¹. La formula politica che sostiene l'attuale esecutivo dovrebbe concorrere ad assicurare il sostegno alle proposte di riforma della giustizia in linea di continuità con il sostegno dato al PNRR e quindi favorire l'approvazione delle leggi delega. Il raccordo fra Parlamento e Governo rispondente alla previsione di cui all'art. 76 della Costituzione risulta utile in quanto affida al Parlamento il compito di definire gli ambiti e i limiti che il Governo dovrà osservare in sede di adozione dei conseguenti decreti legislativi.

6. *La riforma della giustizia dalle "vecchie" questioni alla prospettiva del Piano*

Il discorso fin qui svolto rischia però di risultare troppo ottimistico se non ci si sofferma sulle insidie che attendono il cammino parlamentare delle iniziative del Governo.

Il campo di attenzione in questo caso si sposta dalle indicazioni di metodo legate alle previsioni contenute nel programma di riforme della giustizia, e deve affrontare i nodi relativi al merito delle riforme.

In questa sede l'impegno risulta circoscritto alle sole riforme relative ai profili ordinamentali della magistratura e al ruolo del Csm. Il momento in cui si scrive suggerisce di richiamare qualche profilo del dibattito che ha accompagnato la presentazione del c.d. disegno di legge "Bonafede" (A.C. 2861) rispetto al quale si attende di conoscere gli esiti dei lavori della apposita Commissione ministeria-

debbono usarsi con accortezza e secondo le condizioni speciali dell'organismo. Perciò vanno adottate e giudicate con criteri contingenti, e non solo per il bene che possono arrecare, ma anche per il male che possono evitare», così G. AMBROSINI, *La crisi del regime parlamentare e la rappresentanza proporzionale. Prolusione al corso di diritto costituzionale tenuta nella R. Università di Palermo il 16 dicembre 1920*, Roma, 1921, spec. 9.

¹¹ Nel corso della stesura del presente lavoro la "Commissione Luciani" ha consegnato alla Ministra della giustizia la propria relazione accompagnata da specifiche e articolate proposte di emendamenti al d.d.l. "Bonafede" (A.C. 2681). Tanto la Relazione che la Proposta di emendamenti è consultabile al sito del Ministero della giustizia (www.giustizia.it). Gli ambiti di riflessioni privilegiati dalla Commissione riguardano il conferimento degli incarichi apicali ai magistrati ordinari, alcuni aspetti dell'organizzazione degli uffici giudiziari, la costituzione e il funzionamento del Csm, la disciplina dello *status* giuridico del magistrato che intende partecipare attivamente alla vita politica. La vastità dei temi toccati e le opzioni avanzate dalla Commissione non possono essere analizzate in questo contributo la cui stesura risultava già ultimata in data 5 giugno 2021.

le. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza menziona il percorso avviato presso il Ministero della giustizia, individua dei tempi entro i quali la Commissione deve completare le proprie attività e immagina che il disegno di legge si avvii al dibattito parlamentare per il mese di giugno di quest'anno. Il Governo si prepara, quindi, a presentare dei propri emendamenti sui quali si avrà modo di riflettere non appena saranno formalizzati.

L'avvio dell'esame parlamentare del disegno di legge "Bonafede" ripropone il tema del ruolo del Csm nel nostro ordinamento costituzionale.

In vero, nel periodo più recente diverse sono state le occasioni per riavviare un confronto sul Consiglio superiore sollecitato dal riproporsi di questioni connesse con la definizione delle competenze consiliari e del rapporto fra queste e le garanzie costituzionali dell'autonomia e dell'indipendenza dell'ordine – potere giudiziario.

In questo senso le riforme che attendono questo settore dell'ordinamento giudiziario si confrontano con il Titolo IV della Costituzione e valutano le varie opzioni in ragione delle garanzie costituzionali ivi contenute e del ruolo che la Costituzione affida al Csm¹².

Ora, sebbene le prospettive di riforma che emergono dal Piano nazionale privilegino ambiti materiali precisi che non mi sembra impongano un ripensamento complessivo della disciplina legislativa in tema di costituzione e funzionamento del Csm, residuano alcuni profili problematici che, in una certa misura, hanno la possibilità di incidere sul cammino delle riforme.

In questo senso un richiamo alle questioni che negli anni hanno riguardato l'attuazione del Titolo IV della Costituzione è utile per evidenziare che la prospettiva della riforma della giustizia prospettata nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza prescinde dalle questioni discusse negli anni passati¹³. Per quel che attiene poi al ruolo del Ministro della giustizia lo svolgimento della attuale legislatura affida al Guardasigilli il compito di essere il centro propulsore delle riforme, così da consentire un'evoluzione del sistema dell'amministrazione della giustizia in linea con le aspettative delle famiglie e degli operatori economici nel rispetto delle sollecitazioni che provengono dal raffronto fra il nostro Paese e l'Unione europea.

La leale collaborazione fra Ministro e Csm affida ad entrambi il compito di intendere le rispettive funzioni come strumentali alle garanzie costituzionali dell'autonomia e indipendenza.

¹² Da ultimo v., M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1/2020, spec. 8 ss.

¹³ Su cui da ultimo si vedano gli scritti di F. BIONDI, (*Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*) e di T. F. GIUPPONI (*Il Consiglio superiore della magistratura e le prospettive di riforma*) su *Quaderni costituzionali*, 1/2021, rispettivamente a pag. 13 ss e 45 ss. e i contributi pubblicati su *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2020. Per un quadro dei principi in tema di organizzazione dell'ordine giudiziario v. F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2018 e da ultimi, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019.

Le scelte costituenti che prendono corpo nella disciplina di cui al Titolo IV della Costituzione sono frutto di una dialettica politica accesa e condizionata dall'esperienza prerepubblicana, rispetto alla quale la garanzia costituzionale fondamentale per la magistratura era quella della inamovibilità (art. 69 dello Statuto).

Rispetto al periodo prerepubblicano è necessario distinguere, nell'alternarsi delle vicende politiche dei primi anni del passato secolo, due momenti diversi. Il primo attiene all'introduzione nell'ordinamento liberale di un Consiglio superiore della magistratura collocato con funzioni consultive presso il Ministero della giustizia (ciò avvenne con la legge n. 511 del 1907 a cui fece seguito la disciplina delle guarentigie della magistratura con l. n. 438 del 1908). Il secondo è legato all'avvento del fascismo con conseguente perdita delle garanzie presenti nelle leggi istitutive del Csm e sulle guarentigie (R.D. 30 dicembre 1923, n. 2876 e R.D. 30 dicembre 1926, n. 2219 e l. n. 557 del 1933), e che giunge fino all'approvazione dell'ordinamento giudiziario del 1941 (R.D. del 30 gennaio 1941, n. 12)¹⁴.

Nel periodo che precede l'avvio del dibattito in Assemblea costituente si registra il risveglio dell'associazionismo fra i magistrati che nel 1945 dà vita al Comitato provvisorio dell'Associazione Magistrati a cui farà seguito la ricostituzione dell'Associazione Nazionale dei Magistrati Italiani¹⁵. In quella fase di transizione ordinamentale si segnala il d.lgs. n. 114 del 1945 (che riattiva le competenze del Consiglio superiore della magistratura superando quanto previsto dall'ordinamento giudiziario del 1941) e soprattutto il R. D. Lg. n. 511 del 1946 (che dispone in tema di guarentigie della magistratura).

Le scelte compiute in Assemblea costituente sono il costante punto di riferimento da cui muovono gli studi sul Csm.

Una prospettiva in parte diversa si coglie nel contributo di chi studia le scelte dei Padri della Costituzione dal punto della scienza della politica. Muovendo da questo particolare punto di vista, si preferisce parlare di un "processo costituente" che muove dai cambiamenti avviati nel 1945 e arriva fino all'approvazione delle disposizioni costituzionali relative alla magistratura. In questo contesto gli articoli del Titolo IV sarebbero in grado di "confortare" ognuna delle posizioni rappresentate in Assemblea costituente « non sorprende che l'adozione della Costituzione non elimini affatto le contraddizioni emerse nel corso dei due anni del dibattito»¹⁶.

La previsione costituzionale di un catalogo di competenze del Csm non

¹⁴ Sulle origini del Csm è sufficiente il rinvio alla ricostruzione di L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973, 59-132.

¹⁵ La rinata Associazione si avvarrà della rivista "La Magistratura" per richiamare l'attenzione sull'indipendenza della magistratura come elemento fondante il regime democratico. In questo senso si veda lo scritto del Presidente dell'Associazione nazionale Magistrati Italiani E. PIGA, *I problemi della magistratura*, in *La Magistratura*, 1945/1, 1 ss.

¹⁶ D. PIANA, A. VAUCHEZ, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, 2012, 24-25.

risolve certo i problemi interpretativi del Titolo IV della Costituzione¹⁷, attese le competenze del Ministro della giustizia¹⁸ e la necessità di definire i rapporti fra Csm e Ministro. La struttura del Consiglio superiore transitato – con funzioni diverse – dall’esperienza prerепubblicana a quella repubblicana¹⁹, deve assicurare il rispetto delle garanzie costituzionale dell’indipendenza e dell’autonomia dell’ordine – potere giudiziario senza però rendere la magistratura del tutto avulsa dagli altri poteri dello Stato.

In definitiva il Titolo IV affidava all’attuazione della Costituzione il compito di definire il funzionamento e la costituzione del Csm, senza aver precisato quale dovesse essere il suo ruolo rispetto alla complessiva organizzazione costituzionale e ciò fa «del Titolo IV della parte II uno dei capitoli della Costituzione meno felici e più bisognosi di correzioni»²⁰.

L’attuazione della Costituzione ha seguito vie diverse. Vi è stata, innanzitutto, un’attuazione per via legislativa alle previsioni del Titolo IV attraverso la legge n. 195 del 1958. La giurisprudenza costituzionale, nell’affrontare i dubbi di legittimità costituzionali e risolvere i conflitti insorti fra Csm e Ministro, ha contribuito a raccordare le questioni nel tempo affrontate ai principi desumibili dal Titolo IV della Costituzione. Oltre all’attuazione per via legislativa e per via giurisprudenziale, anche la prassi ha reso percettibile un certo modo di interpretare il Titolo IV della Costituzione nel quale il Csm ha riferito a se stesso le garanzie costituzionali dell’autonomia e indipendenza di cui all’art. 104 in quanto ha finito per “identificarsi” con la magistratura collocandosi al vertice dell’ordinamento giudiziario²¹. Ciò ha consentito al Csm di amplificare la portata normativa delle

¹⁷ Sul punto cfr. M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 16.

¹⁸ Sul punto v. L. DAGA, *op. cit.*, 208 – 209, in particolare la posizione dell’on. Ruini (ripresa alla nota 47 – A.C.2321): «lo scopo è di assicurare alla Magistratura la sua indipendenza ... ma che l’amministrazione di tutti i servizi della giustizia debba passar alla Magistratura, con la conseguente soppressione del Ministero della giustizia e con l’inevitabile corollario che la Magistratura diventi essa stessa una specie di Ministero, questo no». Ed ancora sempre l’on. Ruini: «il Ministro ... non è un mero economo o gerente responsabile, come si vuole da qualcuno, è il responsabile davanti al Parlamento» (A.C. 2460). Sull’origine delle disposizioni costituzionali v., F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, 33 ss.

¹⁹ Tutto ciò è ben reso dal primo paragrafo della voce “*Consiglio superiore della magistratura*” dell’*Enciclopedia giuridica*, VIII, (Roma, 1988) di G. FERRARI che qualifica il Csm allo stesso tempo come organo “vecchio” e “nuovo”.

²⁰ A. PIZZORUSSO, *Introduzione in L’ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, I, 27, ora in A. PIZZORUSSO, *L’ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, 280.

²¹ Sul punto cfr., S. BARTOLE, *Materiale per un riesame della posizione del Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, 3 ss., ora in S. BARTOLE, *Scritti scelti*, Napoli, 2013, 379 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, in *Questione giustizia*, 2/1984, 281 ss., ora in A. PIZZORUSSO, *L’ordinamento giudiziario*, II, cit., 519 ss. (spec. 539 ss.); ed anche, G. VERDE, *L’amministrazione della giustizia fra Ministro e Consiglio superiore*, Padova, 1990, 16; ID., *Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari fra consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, in *Lo Stato* n. 12/2019, 103 ss. Sul punto cfr., G.

proprie attribuzioni fino all'esercizio di competenze che non hanno riscontro né nella Costituzione né nella legge, con conseguente ridimensionamento delle funzioni del Ministro della giustizia rispetto alle potenzialità che era possibile ritracciare negli articoli 107 e 110 della Costituzione e nelle disposizioni della legge n. 195 del 1958.

7. *La riforma della giustizia: obiettivi e tempi*

Le questioni da ultimo rappresentate hanno caratterizzato il complesso dei rapporti fra Ministro e Consiglio superiore della magistratura, dovendosi però constatare che la politicizzazione delle decisioni che hanno riguardato lo *status* giuridico dei magistrati, si è determinata attraverso un circuito politico che ha oltrepassato le competenze del Ministro e, alla fine, anche dello stesso Consiglio superiore per approdare ad un meccanismo decisionale nel quale partiti e correnti hanno dialogato intensamente.

Nel susseguirsi degli esecutivi nazionali, nel mutare delle maggioranze parlamentari, di fronte all'intensificarsi di studi che mettevano in evidenza aspetti discutibili dell'amministrazione della giustizia legati al modo del Csm di determinarsi²², le tanto attese riforme non sono state mai approvate.

Oggi la prospettiva delle riforme – per come definita da Governo e Parlamento nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – ha degli obiettivi precisi e un calendario dettagliato, risponde alle *Country Specific Recommendations* indirizzate al nostro Paese per gli anni 2019 e 2020 ed è sostenuta da un obiettivo nobile, quello di consegnare all'Italia una giustizia più efficiente e meglio amministrata.

SOBRINO, *Il Ministro della giustizia ed i poteri dello Stato. Vicende e prospettive di una collocazione problematica*, Napoli, 2015; G. FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 4/2017.

²² Sull'incidenza dell'associazionismo giudiziario rispetto alle determinazioni assunte dal Csm, v. C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1992, 97 ss.; in tempi più recenti v. M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: ragioni, origini ideali, degenerazioni*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2/2020, 369; G. MELIS, *Le correnti in magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Questione giustizia*, 2020; E. BRUTI LIBERATI, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e le "correnti" dei magistrati*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3, 2020, 370 ss. Oggi per arginare il ruolo delle correnti si discute di quale debba essere il sistema elettorale per il Csm, su cui v. M. LUCIANI, *Il sistema di elezione dei componenti togati del Csm*, in *Questione giustizia*, 23 luglio 2020, 1; F. DAL CANTO, *Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online* (30 gennaio), 2020; M. VOLPI, *Il Consiglio Superiore della Magistratura: snodi problematici e prospettive di riforma* (relazione introduttiva al Seminario del Gruppo di Pisa "Il Consiglio Superiore della Magistratura: snodi problematici e prospettive di riforma"), in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 1/2021, 29 ss.; G.M. FLICK, *Giustizia in crisi (salvo intese). Leggi, giudici, processi e carceri di fronte alla pandemia*, Milano, 2020; GIOV. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Soveria Mannelli, 2021.

La prospettiva impressa alla riforma prescinde dalle questioni che negli anni hanno alimentato il dibattito in merito all'attuazione del Titolo IV della Costituzione (si pensi alla definizione del ruolo del Csm e ai rapporti con il Ministro della giustizia), e ciò consente a Governo e Parlamento di concentrarsi sui temi definiti nel Piano nazionale.

Si ritiene utile comunque richiamare all'attenzione del lettore alcuni punti fermi che oggi è possibile fissare muovendo da quanto previsto dalla legge n. 195 del 1958 e dal contributo della giurisprudenza costituzionale²³.

I richiami che seguiranno sono necessariamente sintetici e – come si è avuto già modo di rammentare – esulano dalle prospettive di riforma della giustizia.

Il funzionamento del Csm – per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 23 dicembre 1963, n. 168 – è svincolato dalla necessità di una richiesta ministeriale²⁴.

Per quel che attiene al conferimento degli incarichi direttivi è previsto che la proposta da rivolgere al *plenum* del Consiglio sia formulata dalla competente commissione consiliare di concerto con il Ministro. La Corte costituzionale (con la sentenza del 30 dicembre 2003, n. 380) ha chiarito che «il conferimento degli uffici direttivi incide sullo *status* di magistrato, attenendo ad un atto di “assegnazione” ad un ufficio, nonché ad un atto di “trasferimento” e di “promozione”, con la conseguenza che l'intervento ministeriale, per ritenersi costituzionalmente legittimo, non deve sottendere in alcun modo interventi suscettibili di limitare la piena autonomia del Csm». Ne consegue che «il Ministro della giustizia “deve dare corso al procedimento”, non essendo investito “di particolari poteri di rinvio o di riesame”, ricadendo “su di lui il dovere di adottare l'atto di propria competenza”, cioè la proposta di decreto e il relativo seguito, a meno che il sub-procedimento costituito dalla fase della iniziativa e della deliberazione del Csm manchi di un elemento essenziale, necessario per il perfezionamento della

²³ Per quel che attiene agli ulteriori (rispetto alle decisioni che saranno di seguito richiamate) svolgimenti della giurisprudenza costituzionale v., Corte costituzionale, sentenze del 18 maggio 1970, n. 70 (in *Giur. cost.* 1970, 987 ss.) del 18 luglio 1973, n. 142 (in *Giur. cost.*, 1973, 1413 su cui v., S. BARTOLE, *In tema di autorizzazione a procedere per vilipendio dell'ordinamento giudiziario*, *ivi*, 1416 ss.), del 23 luglio 1974, n. 245 (in *Giur. cost.*, 1974, 2365, su cui v. R. MORETTI, *Sull'incerto fondamento giuridico degli atti consiliari che annullano provvedimenti dei capi degli uffici giudiziari*, *ivi*, 3571 ss.), del 25 marzo 1975, n. 71 (in *Giur. cost.*, 1975, 760), n. 148 del 1983 (in *Giur. cost.*, 1983, 842 ss.), n. 4 del 14 gennaio 1986 (in *Giur. cost.*, 1986, 31 ss., su cui S. BARTOLE, *Un caso di riduzione del thema decidendum in materia di uffici di sorveglianza*, *ivi*, 241 ss.) n. 72 del 1991 (in *Giur. cost.*, 1991, 515). Un richiamo merita la sentenza della Corte costituzionale n. 136 del 2011 (in *Giur. cost.*, 2011, 1767, su cui v., S. BARTOLE, *A proposito di una sentenza sulla nomina del componente nazionale di Eurojust, che ha negato la natura giudiziaria di Eurojust*, *ivi*, 1783 ss.).

²⁴ Rispetto all'art. 11 e alla necessità della richiesta ministeriale v. Corte Costituzionale 168/1963 in *Giur. cost.*, 1963, 1644, con osservazioni di M. MAZZIOTTI, *Questioni di costituzionalità della legge sul Consiglio superiore della Magistratura*, 1648; sugli effetti prodotti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 1963, v. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 126 ss.

fattispecie procedimentale o del suo atto conclusivo». La conclusione cui perviene la Corte è che «deve essere dichiarato che non spetta al Ministro della giustizia non dare corso alla controfirma del decreto del Presidente della Repubblica di conferimento di ufficio direttivo sulla base di deliberazione del Csm quando, nonostante sia stata svolta una adeguata attività di concertazione ispirata al principio di leale collaborazione, non si sia convenuto tra Csm e Ministro, in tempi ragionevoli, sulla relativa proposta»²⁵.

Per completezza deve rammentarsi che all'art. 11 della l. 195 del 1958 è stato aggiunto un comma (dal decreto – legge n. 193 del 2009 art. 3 *quiquies*) in virtù del quale in occasione della proposta formulata di concerto il Ministro «esprime le sue motivate valutazioni solo in ordine alle attitudini del candidato relative alle capacità organizzative dei servizi»²⁶.

Per quel che poi attiene alla “forma” delle deliberazioni consiliari (art.17 comma 1 della legge n. 195 del 1958)²⁷ e l'eventuale sindacato delle stesse affi-

²⁵ In merito ai conflitti insorti circa l'applicazione dell'art. 11 comma 3 della legge n. 195 del 1958: Corte cost., sent. n. 379 del 27 luglio 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 2996, con osservazioni di A. CARIOLA, *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro Guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spolitizzata*, 3044; sul punto si v., S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, Torino, 1993; M. DEVOTO, *Ordinamento giudiziario*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXII, Roma, 2000, *ad vocem.* 5; Corte costituzionale sentenza n. 380 del 2003 del 30 dicembre 2003, in *Giur. cost.*, 2003, 3891, su cui v., S. BARTOLE, *Consiglio Superiore della Magistratura e Ministro della Giustizia: bilanciamenti legislativi e bilanciamenti giudiziali*, *ivi*, 3905 ss.; F. SORRENTINO, *Incertezze e contraddizioni del principio di leale collaborazione*, *ivi*, 3909 ss.; B. PEZZINI, *Leale collaborazione tra Ministro e Csm alla prova: chi controlla il concerto*, *ivi*, 3911 ss.; C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2007, 1 ss., spec. 34.

²⁶ L'art. 37 del vigente regolamento interno del Csm prevede che la competente Commissione consiliare indichi al Ministro – previa deliberazione – l'elenco degli aspiranti con le proprie valutazioni e le conseguenti motivate conclusioni, indicando, eventualmente, la posizione dei componenti la commissione “dissenzienti,” così facendo si attiva la richiesta al Ministro del concerto. La deliberazione è di competenza del Consiglio che dovrà esprimersi con voto palese. In seno al *plenum* è prevista la possibilità che i membri del Csm, che non siano componenti della Commissione, possano chiedere la valutazione di aspiranti diversi da quelli oggetto della proposta potendosi disporre, in questo caso, il ritorno della pratica in Commissione.

²⁷ Secondo quanto previsto dall'art. 17 comma 1 l. 195 del 1958 «tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore, con decreto del Presidente della Repubblica controfirmato dal Ministro; ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, con decreto del Ministro per la grazia e giustizia». Per quel che concerne alcuni aspetti applicativi della suddetta disposizione, colpiscono le parole dell'allora Ministro della giustizia Martinazzoli (esprese in occasione delle celebrazioni per il venticinquennale della celebrazioni dell'istituzione del Csm) il quale notava che il sistema di cui al primo comma dell'art. 17 presenta «un qualcosa di non fisiologico di un poco patologico» in quanto il Ministro «deve essere costretto, per esempio, a firmare decreti che riguardano – scusatemi la banalità, ma non tanto, dell'esempio – la gravidanza di una signora magistrato, dandosi tra l'altro, il caso che, questi congedi, il Ministro li firma magari due anni dopo che la gravidanza di è conclusa, col bambino già grande». Secondo il Ministro si tratta di una

dato al giudice amministrativo, i dubbi di incostituzionalità furono superati dalla Corte costituzionale (con le sentenze n. 168 del 1963 e n. 44 del 1968)²⁸ ed oggi è sufficiente richiamare quanto previsto dall'art. 135 del codice del processo amministrativo a norma del quale, sono devolute alla competenza inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio «le controversie relative ai provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari adottati ai sensi dell'articolo 17, primo comma, della legge 24 marzo 1958, n. 195»²⁹.

Il punto più controverso attiene alla definizione dell'ambito del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sulle deliberazioni consiliari in tema di conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato il Csm – al momento del conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi – gode di «di un'ampia discrezionalità, il cui contenuto resta estraneo al sindacato di legittimità del giudice amministrativo salvo che per irragionevolezza, omissione o travisamento dei fatti, arbitrarietà o difetto di motivazione»³⁰.

Su queste premesse il Giudice amministrativo non incorre nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale³¹, tutte quelle volte in cui annulla una deliberazione del Csm per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale è stato esplicitato il giudizio comparativo nel caso concreto³².

“*barocaggine burocratica*” che comporta “una duplicazione” del ruolo consiliare con quello ministeriale, v. CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Il ruolo e l'attività del Csm* (relazione al Parlamento sullo stato della giustizia – 1985, 2° quaderno) Roma (pubblicazione a cura del Csm), 1986, 45.

²⁸ Per quel che attiene alla “forma” dei provvedimenti del Csm e al sindacato del giudice amministrativo, v. Corte costituzionale sentenza n. 44 del 14 maggio 1968, in *Giur. cost.*, 1968, 672 ss. con osservazioni di F. CUOCOLO (*Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*) e di U. DE SIERVO (*A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*) e di L. ELIA (*Postilla*); tra i primi commenti anche G. CORREALE, *Deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura ed ordinamento generale*, in *Foro amm.*, 1968, 85 ss.

²⁹ Si aggiunga ancora che nel 2014 (con il decreto – legge n. 90, art. 2 comma 4) è stato modificato il secondo comma dell'art. 17 così che per la tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti concernenti il conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi si segue – se applicabile – il rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a. Il novellato secondo comma dell'art. 17 esclude, in caso di azione di ottemperanza, l'applicazione delle lettere a) e c) dell'art. 114 del c.p.a.

³⁰ Cons. Stato, V, 9 gennaio 2020, n. 192; 3 gennaio 2019, n. 71; 11 dicembre 2017, n. 5828; V, 16 ottobre 2017, n. 4786; IV, 6 dicembre 2016, n. 5122; IV, 11 settembre 2009, n. 5479; IV, 31 luglio 2009, n. 4839; IV, 14 luglio 2008, n. 3513; V, 18 dicembre 2017, n. 5933.

³¹ Su cui v., Cass. SS.UU., 5 ottobre 2015, n. 19787.

³² Cfr., Cass. SS.UU., 8 marzo 2012, n. 3622; sul punto v. Cons. Stato, V, 15 luglio 2020, n.4584.

8. *La prospettiva della riforma della giustizia: dallo scontro politico alla prospettiva europea per una giustizia effettiva e imparziale*

Dalle considerazioni fin qui esposte emerge che il tema della riforma dell'ordinamento risulta prospettato su contenuti diversi da quelli discussi dal Parlamento in occasione della controversa applicazione della legge n. 195 del 1958.

Le questioni maggiormente dibattute hanno trovato una loro composizione nel modo di essere dei rapporti fra Ministro e Csm. In questo senso la prospettiva impressa alle riforme tralascia la definizione delle competenze ministeriali e consiliari – oggi definite attraverso il contributo della giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) e dall'evoluzione complessiva della legislazione – e prova a privilegiare l'innalzamento qualitativo delle determinazioni del Csm in tema di *status* giuridico dei magistrati ordinari, senza trascurare un ripensamento delle regole elettorali per la costituzione del Csm e alcuni principi in tema di coinvolgimento dei magistrati nelle competizioni elettorali nei vari livelli di governo. A ciò si aggiungono le riforme che riguarderanno direttamente la struttura dei processi al fine di immaginare tempi certi per la risoluzione delle controversie.

Rispetto al percorso parlamentare delle riforme della giustizia sarà necessario valutare attentamente nel merito le scelte che matureranno dal confronto fra Parlamento e Governo.

Le modalità che hanno concorso alla definizione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza lasciano intendere che l'attuale maggioranza parlamentare colloca le riforme dell'ordinamento giudiziario non sul piano dello scontro politico fra fazioni in lotta per la conquista del potere, ma sulla linea delle garanzie europee per una giustizia effettiva amministrata da un giudice imparziale³³.

Per l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ogni persona “i cui diritti e le cui libertà garantite dal diritto dell'Unione siano stata violate ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice”. Tra le condizioni che concorrono a rendere il giudizio in questione effettivo vi è quella dell'imparzialità, e cioè il diritto a “che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e *entro un termine ragionevole* da un giudice indipendente e imparziale”. Va rammentato che il secondo comma del paragrafo 1 dell'art. 19 del Trattato sull'Unione europea prevede che “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”³⁴.

³³ Non è un caso che il Presidente Draghi abbia dichiarato – in occasione del dibattito sulla fiducia – che la *Nuova Ricostruzione* del nostro Paese è destinata a realizzarsi muovendo dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

³⁴ Sul diritto di cui all'art. 47 v., Corte di Giustizia sentenza del 27 giugno 2013, *Agrokonsulting-04*, C-93/12, EU: C:2013:432, punto 59, nonché del 2 marzo 2021, A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso), C - 824/18, EU:C:2021:153, punto 87 e giurisprudenza ivi citata.

L'ambito di operabilità delle previsioni di cui agli art. 19 del Trattato dell'Unione europea e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stato di recente definito dalla Corte di Giustizia che ha avuto modo di precisare che le garanzie di indipendenza del potere giudiziario e la conseguente disciplina relativa allo *status* giuridico dei giudici degli Stati membri non sono aspetti indifferenti al diritto euro-unitario³⁵. La connessione emerge dalla disciplina del rinvio pregiudiziale che affida ai giudici interni il compito di interpretare ed applicare il diritto europeo. In questo senso la Corte di Giustizia ritiene che «l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, Tue deve essere interpretato nel senso che esso è applicabile in una causa in cui un giudice nazionale sia investito di un ricorso previsto dal diritto nazionale e diretto a che tale giudice si pronunci sulla conformità al diritto dell'Unione di disposizioni nazionali che disciplinano la procedura di nomina dei giudici dello Stato membro cui detto giudice appartiene. Ai fini dell'interpretazione di tale disposizione, deve essere debitamente preso in considerazione l'articolo 47 della Carta».

Secondo la Corte di Giustizia «l'indipendenza dei giudici degli Stati membri riveste un'importanza fondamentale per l'ordinamento giuridico dell'Unione sotto diversi profili» e ciò comporta una attenzione alla legislazione nazionale che disciplina la composizione dell'organo, la nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricasazione e di revoca dei suoi membri, in quanto è necessario «fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo nei confronti di elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti»³⁶. La garanzia dell'indipendenza dei giudici non tollera ingerenze né dal potere legislativo né dal potere esecutivo³⁷.

Il diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice presuppone che la persona che lo invoca si avvalga di diritti o di libertà garantiti dal diritto dell'Unione, in questo senso v., Corte di Giustizia sentenze del 6 ottobre 2020, *État luxembourgeois* (Diritto di ricorso avverso una richiesta di informazioni in materia fiscale), C-245/19 e C-246/19, EU:C:2020:795, punto 55, nonché del 2 marzo 2021, A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso), C-824/18, EU:C:2021:153, punto 88.

³⁵ Corte di Giustizia Grande Sezione 20 aprile 2021 (causa C – 896/19) *Repubblica* contro *Il-Prim Ministru*.

³⁶ In questo senso Corte di Giustizia Grande Sezione 20 aprile 2021 (causa C – 896/19) *Repubblica* contro *Il-Prim Ministru* (Polonia) punti da 51 a 54; in senso conforme v., a sentenze del 19 settembre 2006, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, punto 53; del 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality* (Carenze del sistema giudiziario), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punto 66, nonché del 2 marzo 2021, A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso), C-824/18, EU:C:2021:153, punto 117 e giurisprudenza ivi citata.

³⁷ Corte di Giustizia sentenze del 19 novembre 2019, A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema), C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982, punto 124, nonché del 2 marzo 2021, A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso), C-824/18, EU:C:2021:153, punto 118.

Il contesto nel quale si colloca la riforma della giustizia appare sufficientemente definito: l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea definisce la matrice euro-unitaria della riforma che riguarderà sia aspetti funzionali (lo svolgimento e la durata dei processi, la lotta alla corruzione, sulla base delle *Country Specific Recommendations* indirizzate al nostro Paese negli anni 2019 e 2020), che profili direttamente riferibili al Csm (nuove regole elettorali e procedimenti decisionali trasparenti), senza tralasciare di sottolineare la lontananza del giudice dalla politica (disciplina dello *status* giuridico in relazione alla partecipazione del giudice a competizioni elettorali e eventuale coinvolgimento nella compagini del governo nazionale, regionale e locale).

Il cammino parlamentare della riforma della giustizia dovrebbe svolgersi lungo le coordinate che sono state fin qui esposte.

Nel concentrare l'attenzione sugli interventi in tema di ordinamento giudiziario è bene rammentare che il disegno di legge "Bonafede" presenta esso stesso un contenuto ampio e articolato che riguarda l'organizzazione degli uffici giudiziari e la costituzione e il funzionamento del Csm (con previsioni in tema di sistema elettorale, di responsabilità disciplinare, di conferimento degli incarichi direttivi e semi- direttivi e di valutazione delle professionalità per incarichi di legittimità).

Gli ambiti di intervento appena richiamati presentano molti risvolti applicativi delicati sui quali si attendono le proposte della Commissione ministeriale appositamente istituita e i possibili emendamenti governativi all'originario testo presentato.

La complessità dell'articolato e le incertezze circa gli esiti del confronto politico che potrebbe condurre alla presentazione di modifiche ai singoli articoli, suggeriscono di concentrare l'attenzione solo su due questioni che l'avvio dell'*iter* parlamentare dovrà affrontare. La prima è collegata direttamente al disegno di legge "Bonafede", mentre l'altra si lega ad altre iniziative parlamentari sollecitate dalle vicende che di recente hanno coinvolto la magistratura italiana.

Per essere più precisi, il primo nodo problematico attiene ad alcuni rilievi critici espressi dal Csm in occasione del parere reso in merito al c.d. disegno di legge "Bonafede" (A.C.). Il secondo riguarda l'iniziativa di alcuni parlamentari che hanno inteso promuovere l'istituzione di una commissione parlamentare di inchiesta avente ad oggetto vicende riconducibili alle difficoltà di funzionamento del Csm e al modo di agire della magistratura.

9. *Il c.d. disegno di legge "Bonafede" (A.C. 2681)*

L'art. 10 comma 2 della legge n. 195 del 1958 prevede che il Csm dia "pareri al Ministro, sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'ammini-

strazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie”.

In riferimento al disegno di legge “Bonafede” (A.C. 2681) la richiesta del parere è stata avanzata al Csm dallo stesso Ministro della giustizia mentre in passato si è verificato che lo stesso Csm abbia ritenuto di doversi esprimere indipendentemente dalla richiesta ministeriale, sollevando alcuni rilievi critici sulla possibilità che il comma 2 dell’art. 10 contempili lo svolgimento di un’attività consultiva consiliare svincolata dal rapporto con il Guardasigilli³⁸ e ed il cui destinatario diviene il Parlamento.

Il Csm ha risposto alla richiesta di parere con le deliberazioni assunte fra il 21 e il 29 aprile del 2021, consegnando al dibattito sull’iniziativa legislativa sei distinti pareri.

L’attività consultiva del Csm ha tenuto conto dell’articolazione del disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 7 agosto 2020, concernente, *Deleghe al Governo per la riforma dell’ordinamento giudiziario e per l’adeguamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura.*

A riguardo deve essere rammentato che il disegno di legge in questione si compone di 6 Capi e 41 articoli.

Più precisamente il Capo 1 (artt. 1 – 5) ricorre alla delega legislativa per promuovere un intervento riformatore dell’ordinamento giudiziario con particolare riferimento alla progressione in carriera dei magistrati, all’accesso alle funzioni di legittimità, all’approvazione delle tabelle organizzative degli uffici giudicanti e requirenti, alla valutazione della professionalità dei magistrati ed, infine, alle modalità dell’accesso in magistratura. Opportunamente è previsto che il Governo entro 2 anni dall’entrata in vigore della riforma sia delegato ad approvare disposizioni integrative e correttive e potrà coordinare la riforma con le vigenti disposizioni legislative disponendo le eventuali abrogazioni e introducendo le opportune disposizioni transitorie.

I Capi II (artt. 6 -11), III (artt. 12 -19) e IV (artt. 20 – 38) prevedono disposizioni di immediata applicazione su aspetti diversi dell’ordinamento giudiziario.

Il Capo II interviene sullo *status* giuridico del magistrato con particolare riferimento allo svolgimento delle fasi della carriera (assegnazione all’ufficio del massimario, durata delle tabelle degli uffici giudicanti, permanenza nella sede di prima assegnazione, collocamento in aspettativa, accesso alle funzioni direttive e semi-direttive, funzionalità degli uffici e smaltimento dell’arretrato) e fra questi certamente spiccano gli articoli 9 e 10. Il primo di questi riguarda nuovi profili di responsabilità disciplinare, il secondo limita il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti.

³⁸ Sul punto v. N. ZANON, F. BIONDI, *op.cit.*, 69-74.

Il Capo III immagina l'introduzione nel nostro ordinamento di nuove disposizioni che si facciano carico di disciplinare il rapporto del magistrato con le competizioni politiche e con gli incarichi di governo. In questo senso si parla di ineleggibilità e si interviene sul collocamento del giudice in aspettativa e sul trattamento giuridico – economico da riservargli se chiamato a ricoprire un incarico sia esso elettivo o di governo. La disciplina in questione è completata da disposizioni in tema di ricollocamento del magistrato una volta venuti meno i suddetti incarichi³⁹.

Il Capo IV prospetta modifiche alla legge sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore (l. 195 del 1958) che vanno dal numero dei componenti elettivi del Csm alla strutturazione delle Commissioni interne (compreso quella disciplinare). Punto centrale è certamente il sistema elettorale con cui i magistrati dovranno eleggere i componenti togati del Csm.

Il Capo V si compone del solo articolo 39 che reca una delega per il riassetto normativo delle norme dell'ordinamento giudiziario militare.

Il Capo VI con l'art. 40 reca una disposizione transitoria in virtù della quale il Csm entro centottanta giorni dovrà provvedere all'adeguamento del proprio regolamento interno e del regolamento di amministrazione e contabilità. L'art. 41 reca la clausola di invarianza finanziaria applicabile sia alla legge di riforma che ai successivi decreti legislativi.

Passando ai pareri resi dal Csm si segnala che nella seduta consiliare del 21 aprile 2021 risultano approvati tre pareri.

Con il primo, il Csm si sofferma sul Capo I del disegno di legge e, in particolare sugli articoli da 1 a 5 e sull'art. 11. Le considerazioni sul punto svolte attengono all'organizzazione degli uffici giudiziari.

Al tema dell'eleggibilità dei magistrati nei vari livelli di governo è dedicato il secondo parere e che affronta i nodi applicativi di cui agli articoli 12 -19 del Capo III del d.d.l..

Il terzo parere è articolato in due distinte sezioni: la prima attiene alle nuove ipotesi di illecito disciplinare (art. 9 del d.d.l.), la seconda riguarda alcuni aspetti – indicati nel parere con le lettere comprese fra la a) e la f) -della disciplina della costituzione e del funzionamento del Csm in ragione del Capo IV (con particolare riferimento alla disciplina di cui agli artt. 20 – 28) del d.d.l..

Il quarto parere – approvato nella seduta consiliare del 22 aprile 2021 – riguarda il sistema elettorale del Csm e si sofferma sempre sul Capo IV concentrando l'attenzione prevalentemente sugli articoli 29 e ss.

Gli ultimi due pareri, adottati nella seduta del 29 aprile 2021, si riferiscono al conferimento degli incarichi direttivi e alla valutazione di professionalità al fine

³⁹ Sul punto si rimanda alle condivisibili considerazioni finali del saggio di S. ARU, *La discussa partecipazione dei magistrati alla politica*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 1/2020, 457 ss.

del conferimento delle funzioni giudicanti e requirenti di legittimità (il sesto parere affronta anche diverse questioni che spaziano dall'accesso in magistratura ad altri aspetti ordinamentali riguardanti lo svolgimento della carriera del magistrato).

Più precisamente il quinto parere si concentra sull'art. 2 commi 1 e 2 del Capo I ed in particolare affronta il nodo dei criteri ai quali il legislatore delegato dovrà attenersi con riguardo alla disciplina delle procedure di assegnazione degli incarichi direttivi e semi-direttivi, dell'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero e delle procedure di approvazione delle tabelle di organizzazione previste dall'articolo 7 *bis* dell'ordinamento giudiziario.

L'ultimo parere, nell'affrontare diverse ed articolate questioni, muove dall'art. 2 comma 3 del d.d.l. che definisce i criteri per il conferimento delle funzioni giudicanti e requirenti di legittimità.

10. *I richiami al ruolo del Csm*

Gli ultimi due pareri resi dal Csm (il 29 aprile 2021) attengono direttamente alla competenza dell'organo consiliare che muove dalle previsioni di cui all'art. 105 della Costituzione e di cui all'art. 10 della legge n. 195 del 1958.

È noto che la progressione in carriera dei magistrati, il sistema delle promozioni e il conferimento degli incarichi direttivi rappresenta uno dei temi di maggiore attenzione nel contesto delle riforme della giustizia.

Proprio su questo punto il Csm richiama l'attenzione del Ministro sulla natura dell'attività consiliare. Si tratta di un passaggio delicato che merita un richiamo testuale:

«L'intervento normativo determina una complessiva limitazione del potere discrezionale del Consiglio Superiore della Magistratura che viene in grande misura trasformato in potere amministrativo vincolato attraverso l'attrazione, a livello normativo primario, della disciplina, anche di dettaglio, fin ora prevista in sede di autovincolo dalle circolari consiliari, peraltro, mutuando proprio da quelle vigenti, i principi e i criteri direttivi formulati con riferimento ai vari settori di intervento.

La scelta legislativa, finisce per irrigidire nella tendenziale stabilità della norma primaria regole fin qui affidate alla più agile flessibilità della disciplina secondaria (certamente più rapidamente adattabile a possibili esigenze emergenti dalle dinamiche di settore, come d'altra parte testimoniato dall'evoluzione delle circolari consiliari sul tema).

L'art. 105 Cost. attribuisce al Consiglio “secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati”. Proprio il rilievo costituzionale che assumono le competenze consiliari nel governo autonomo della

magistratura consente di escludere che il Costituente abbia inteso assegnare al Consiglio attribuzioni solo di carattere formale e che il ruolo di quest'ultimo si esaurisca nel dare attuazione a dettagliati precetti del legislatore.

In tal senso si è espressa, già nel 1991, la Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura (cd. Commissione Paladin), nata con il compito di verificare poteri e limiti degli atti del Consiglio (in particolare in merito alla funzione paranormativa dello stesso), delle funzioni dell'organo di governo autonomo della magistratura e dei rapporti con gli altri poteri dello Stato. La relazione, infatti, ha espressamente affermato che "è abbastanza pacifico che l'esistenza di un organo quale il C.S.M. rischierebbe di non avere senso se i provvedimenti ad esso spettanti fossero del tutto vincolati alla necessaria e meccanica applicazione di previe norme di legge".

Può dirsi quindi che l'art. 105 Cost. disegna un organo con proprie attribuzioni sostanziali, che implicano l'esercizio di una discrezionalità amministrativa e non meramente tecnica, senza che l'attività del Consiglio possa sostanzinarsi nello svolgimento di un'attività fortemente vincolata.

L'azione di governo autonomo, del resto, in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, deve essere capace di un immediato adeguamento all'evoluzione dei tempi e alle cangianti necessità della giurisdizione, a loro volta continuamente sollecitate dalle mutevoli necessità sociali e dalle specifiche esigenze dei diversi territori. Un irrigidimento dei parametri valutativi e degli indicatori, attraverso la loro sussunzione a livello normativo primario, e un eccessivo dettaglio nella loro formulazione, privano l'azione consiliare della duttilità necessaria per un intervento tempestivo ed efficace nel settore dell'organizzazione della giurisdizione civile e penale, in tutte le declinazioni in cui tale intervento si attua (dall'organizzazione degli uffici alla carriera dei magistrati).

La giurisprudenza costituzionale è costantemente orientata nel senso che la riserva di legge costituzionalmente prevista in materia di ordinamento giudiziario non impone certo al legislatore di regolare dettagliatamente e minuziosamente ogni aspetto della materia e che è pienamente compatibile con tale principio l'esercizio, da parte del Consiglio, di un potere di integrazione ed attuazione della norma primaria.

In particolare la Corte Costituzionale con la sentenza n. 72 del 1991, resa a proposito delle attribuzioni del Csm relative al conferimento degli incarichi direttivi, ha affermato che "dalla riserva di legge discende la necessità che sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità di nomina. La riserva non implica, invece, che tali criteri debbano essere predeterminati dal legislatore in termini così analitici e dettagliati da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici, annullando di conseguenza ogni margine

di apprezzamento e di valutazione discrezionale, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati. Pertanto, nella materia in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell'organo decidente verso la scelta della persona più idonea" (C. Cost. n. 72 del 1991).

Anche la giurisprudenza amministrativa, pertanto, sulla scorta di quanto autorevolmente chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 72 del 1991, afferma che in capo al Consiglio deve riconoscersi il "potere" ma anche il "dovere" di integrare il sistema normativo positivo attraverso il suo potere amministrativo discrezionale: un potere che corrisponde alla prerogativa costituzionale di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura; un dovere che risponde all'esigenza di auto-vincolo della propria discrezionalità amministrativa in funzione della trasparenza e della omogeneità dell'esercizio della stessa».

11. *La riserva di legge e la multiforme disciplina delle materie di cui al Titolo IV della Costituzione*

Rispetto alle questioni agitate nei pareri resi dal Csm del 29 aprile 2021 è bene muovere dalle coordinate costituzionali rintracciabili nel Titolo IV della Costituzione dove ricorrono più volte espressioni come "legge" e "norme sull'ordinamento giudiziario". Per completezza un cenno merita l'art. 25 in tema di giudice naturale "precostituito per legge" e anche la VII disposizione finale e transitoria a secondo la quale "le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni altra magistratura sono stabilite con legge" (art.108), e che "fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi la norme sull'ordinamento giudiziario"⁴⁰.

Dai riferimenti costituzionali è agevole concludere che le materie ivi richiamate siano coperte da riserva di legge assoluta⁴¹ con la logica conseguenza che

⁴⁰ Sulla portata della VII disp. fin. tran., G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 836 ss., spec. 838 – 840. Sul c. d. effetto "ultrattivo" dell'ordinamento giudiziario del 1941 per effetto della VII dip. fin tran. v., Cass. SS.UU., 17 gennaio 1953, n. 127, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 81, e Corte costituzionale sentenza del 3 giugno 1970, n. 80, in *Giur. cost.*, 1970, 1066 con osservazione di A. PIZZORUSSO, *Sul significato dell'espressione "giudice" nell'art. 25, comma 1, della Costituzione*, *ivi*, 1067 ss.

⁴¹ Sul punto v., S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, cit., 240 ss., a detta del quale «su tutte queste materie si dovrà, dunque, provvedere con legge, non necessariamente con un'unica legge organica o con più leggi organiche, ciascuna concernente una singola giurisdizione speciale, ma sempre e comunque con atti normativi del Parlamento» (spec. 241). Sul mancato sviluppo nel nostro ordinamento di una legislazione organica in attuazione della Costituzione v., V. CRISAFULLI, *Cinquant'anni di legislazione in Italia*, in *Dir. e soc.*, 1982, 1 ss.

negli ambiti ora in esame non residua alcuno spazio per la potestà regolamentare dell'esecutivo, senza però precludersi la possibilità di reinterpretare – come una parte della dottrina ha proposto – la riserva di legge in questione, come assoluta nei confronti dell'esecutivo – il “nemico storico” dell'autonomia della magistratura⁴² – e relativa nei confronti del Csm⁴³.

Per lungo tempo le riserve di legge previste dal Titolo IV non hanno trovato attuazione e tale circostanza ha determinato lo sviluppo dei poteri “paranormativi” del Consiglio superiore⁴⁴, i quali oggi trovano un richiamo esplicito nel d.lgs. n. 160 del 2006 che all'articolo 11, comma 3, — in un contesto normativo volto a circoscrivere le attività deliberative del Csm ancorandole a parametri certi — dispone che il Csm «disciplina con propria delibera gli elementi in base ai quali devono essere espresse le valutazioni dei consigli giudiziari, i parametri per consentire l'omogeneità delle valutazioni, la documentazione che i capi degli uffici devono trasmettere ai consigli giudiziari entro il mese di febbraio di ciascun anno». Chi oggi volesse avere piena consapevolezza della disciplina applicabile, per esempio, al momento del conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari, dovrebbe menzionare oltre alle fonti normative primarie (d.lgs. n. 160 del 2006 artt. 10-13) anche la Circolare del Csm P – 14858 – 2015.

⁴² L'espressione è tratta dal manuale (*Il sistema costituzionale della magistratura*) di N. ZANON, F. BIONDI, *op.cit.*, 49.

⁴³ Così, A. PIZZORUSSO, *Art. 108*, in *La magistratura* (tomo III), *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO, Bologna – Roma, 1992, 7; secondo l'Autorevole Maestro il problema della riserva (assoluta o relativa) verrebbe superato in quanto «gli atti normativi emanati dal Consiglio superiore non tendono ad innovare il diritto vigente ... dal momento che nessuna riserva di legge può risultare preclusiva dall'attività di interpretazione del diritto vigente» (spec., 8); la posizione da ultimo rappresentata muove dalle considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 416 ss, in particolare 442-443 (nota n. 41) e ancora dalle riflessioni di G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Dem. dir.*, 1969, 409 ss, e in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, 2263 ss., e M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, in *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. PIZZORUSSO, cit., 279 ss., spec. 285; ID., *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. cost.*, 1975, 3352 ss. La Corte costituzionale ha ritenuto in riferimento alla riserva di legge di cui all'art. 108 Cost., che «tale riserva deve intendersi rispettata allorché il legislatore enunci criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell'organo decidente»: Corte costituzionale, sentenza 8 febbraio 1991, n. 72, in *Giur. cost.*, 1991, 515.

⁴⁴ Sul punto cfr. M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale*, cit., 285 : «il fenomeno di maggiore interesse è nella funzione “paranormativa” che il Consiglio è venuto assumendo, non solo per soddisfare le proprie esigenze organizzative, ma per necessità di adattare le vecchie norme dell'ordinamento giudiziario ai nuovi istituti, e soprattutto per integrare le ampie lacune dovute ai frammentari interventi del legislatore»; ed ancora A. PACE, *I poteri normativi del Csm*, in *Rass. parl.*, 2010/2, 369 ss., a detta del quale «l'attività c.d. normativa del Csm si giustificerebbe *ex se* ... le delibere ‘normative’ del Csm avevano costituito la risposta di tale organo costituzionale alle carenze legislative, predeterminando i criteri delle proprie attività».

Quest'ultimo atto "paranormativo" del Csm è sì una circolare che però reca il c.d. *Testo unico sulla dirigenza giudiziaria*: un testo normativo che con i suoi 95 articoli (suddivisi in quattro parti con rispettivi capi) concorre pienamente alla disciplina dell'ordinamento giudiziario. Su questi presupposti la qualificazione dell'atto in questione come circolare non risulta decisiva ai fini della sua natura giuridica⁴⁵, mentre è difficile sostenere che gli ambiti materiali su cui il Testo unico interviene non siano riconducibili alla materia "ordinamento giudiziario", dal momento che la sua articolata struttura presenta caratteri tipici delle disposizioni normative. Ritengo che il Testo unico sulla dirigenza giudiziaria vada molto al di là di quanto previsto dall'art. 11, comma 3 del d. lgs. n. 160 del 2006 (dove si parla di definizione dei «parametri per consentire l'omogeneità delle valutazioni») ⁴⁶.

Muovendo da quanto è fin qui emerso, è possibile svolgere alcune considerazioni.

La prima attiene agli effetti prodotti dal Testo unico ed è, in generale, riferibile anche ad altre circolari del Csm. Nel silenzio del legislatore, la normativa consiliare – di elevato spessore tecnico – ha contribuito ad assicurare una maggiore trasparenza e stabilità nella materia del conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi, finendo per ancorare le attività consiliari a parametri predeterminati.

Il sistema così definito presenta degli aspetti di criticità che la riforma potrebbe contribuire ad attenuare.

⁴⁵ La Corte costituzionale (sentenza del 10 maggio 1982, n. 86) ebbe modo di sostenere che «le circolari del Consiglio superiore possono dar vita ad una prassi, ma non producono alcun diritto vivente che vincoli la Corte nell'interpretazione delle norme impugnate ... la prassi in questione appare comunque mutevole e non si presta ad escludere che lo stesso Consiglio modifichi gli orientamenti in atto».

Secondo gli arresti della giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3213) «il *Testo unico sulla dirigenza giudiziaria* (circolare del Csm n. P-14858-2015 del 28 luglio 2015), difettando la clausola legislativa a regolamentare e riguardando comunque una materia riservata alla legge (art. 108, comma 1, Cost.), non costituisce un atto normativo, ma un atto amministrativo di autovincolo nella futura esplicazione della discrezionalità del Csm a specificazione generale di fattispecie in funzione di integrazione, o anche suppletiva dei principi specifici espressi dalla legge, vale a dire si tratta soltanto di una delibera che vincola in via generale la futura attività discrezionale dell'organo di governo autonomo» (negli stessi termini, v. Cons. Stato, V, 6 settembre 2017, nn. 4215 e 4216; V, 17 gennaio 2018, n. 271; V, 2 agosto 2019, n. 5492; V, 2 gennaio 2020, nn. 8 e 9; V, 7 gennaio 2020, nn. 71 e 84; V, 9 gennaio 2020, nn. 192 e 195; V, 22 gennaio 2020, n. 524; V, 7 febbraio 2020, n. 976; V, 28 febbraio 2020, nn. 1448 e 1450; Cons. Stato, V, 1 marzo 2021, n. 1702; 12 febbraio 2021, n. 1257; 5 febbraio 2021, n. 1077; 10 febbraio 2021, n. 1238; Cons. Stato, V, 11 maggio 2021, n. 3713).

⁴⁶ A riguardo si rammenti che il primo comma dell'art. 25 del Regolamento interno del Csm dispone che «le circolari e le direttive sono emanate, negli ambiti di competenza del Consiglio, dal Vicepresidente, in conformità alla delibera del Consiglio, per dare esecuzione o interpretazione alla legge e ai regolamenti, nonché per fornire criteri di orientamento sull'esercizio delle attribuzioni e della discrezionalità del Consiglio».

Il punto critico è qui la disciplina costituzionale della riserva di legge che non può in alcun modo essere intesa nel senso di poter limitare l'intervento del legislatore. Il che non significa non prestare la massima attenzione affinché la dialettica politica non produca disposizioni primarie di dubbio fondamento costituzionale.

Va, infatti, ribadito che i principi in tema di organizzazione costituzionale esprimono un favore a che le competenze del Csm siano esercitate in attuazione di quanto previsto dalla Costituzione e in osservanza della disciplina di livello primario⁴⁷. Va rammentato che la stessa Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura (richiamata espressamente nel parere del Csm sul disegno di legge "Bonafede") nelle conclusioni precisa che «l'imperativo emergente di continuo dall'analisi della materia è quello che impone di trasferire la disciplina sul piano legislativo ... il principio o la tecnica della riserva di legge dovrebbe dominare – secondo la Costituzione – l'intero ordinamento giudiziario (ed anzi l'intero insieme delle attribuzioni, del funzionamento e delle strutture del Consiglio)»⁴⁸.

12. *Il senso della riforma della giustizia: le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale e i richiami del Presidente della Repubblica*

L'impegno di Governo e Parlamento per la riforma della giustizia deve essere sostenuto perché muove dall'accertamento di problemi reali e affida alle fonti normative primarie la disciplina di un delicato settore del nostro ordinamento. Esigenze di ragionevolezza e di rispetto delle competenze costituzionali del Csm escludono la legittimità costituzionale di disposizioni volte ad eliminare la discrezionalità consiliare che potrà comunque svolgersi nell'applicazione di criteri e parametri più precisi.

Il superamento della "disciplina" contenuta in un circolare consiliare non significa disattendere i percorsi virtuosi che lo stesso Csm ha nel tempo percorso, ma,

⁴⁷ La ricostruzione di Enzo Cheli in tema di organi costituzionali ha determinato l'affermarsi di quell'orientamento che – al di là di controversie di natura nominalistica – ascrive il Csm al novero degli organi a rilevanza costituzionale, ovvero fra quegli organi dotati di una "speciale garanzia" risultante dalla presenza di disposizioni costituzionali che li istituiscono e ne definiscono le attribuzioni: E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, in *Arch. giur. Serafini*, 1965, 111; sul punto cfr., A. PIZZORUSSO, *Organizzazione pubblici poteri*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 151, spec., 154, 155.

⁴⁸ La Relazione in questione è stata trasmessa come allegato al Messaggio del Presidente della Repubblica Francesco Cossiga al Parlamento ai sensi dell'art.87, comma 2 della Costituzione e la si può leggere in *Giur. cost.*, 1991, 986 ss. (per il punto citato nel testo v. in particolare, 1037 – 1038); le sole conclusioni della Commissione presidenziale sono riprodotte in allegato al volume di R. TERESI, *La riforma del Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1994, 213.

al contrario, può significare maggiore rispetto della Costituzione e un innalzamento complessivo del sistema delle garanzie che devono essere rispettate al momento del conferimento degli incarichi di maggiore prestigio ai magistrati ordinari.

Più precisamente ritengo che il disegno di legge “Bonafede” si collochi in continuità con la Circolare consiliare che reca il Testo unico sulla dirigenza giudiziaria. Infatti il Governo attraverso la delega ivi prevista potrà individuare “puntuali parametri e indicatori delle attitudini, questi ultimi suddivisi in generali e specifici e distinti per tipologia di ufficio”. Nel far ciò il disegno di legge non produce uno stravolgimento del sistema vigente (rispetto a quanto previsto dagli articoli da 1 a 24 del Testo unico sulla dirigenza giudiziaria di cui alla circolare del Csm del 2015), promuovendo un trasferimento della disciplina dalla incerta e controversa sede della circolare consiliare a quella della normativa primaria, ampliando gli indicatori già individuati dal Testo unico sulla dirigenza giudiziaria.

L’eventualità che la materia in questione sia in futuro disciplinata dalla legge non collide in alcun modo con il ruolo del Csm (art. 105 Cost.) e non incide sulle garanzie di autonomia e indipendenza (art. 104 Cost.). Al contrario, il legislatore avrebbe dovuto disciplinare già da tempo i poliedrici ambiti materiali coperti dalla riserva di legge, così da determinare l’assetto di questo settore dell’ordinamento senza sottrarlo all’eventuale intervento del giudice costituzionale⁴⁹ e innalzando il livello di tutela giurisdizionale attivabile dal singolo magistrato che dovesse ritenere illegittima la deliberazione consiliare. Infatti, per quest’ultima si prospetta anche il vizio di violazione della legge mentre al momento il punto decisivo del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo è rappresentato dall’eccesso di potere, inteso come assenza o contraddittorietà della motivazione⁵⁰. Altri effetti positivi si potrebbero determinare dall’estensione dell’applicazione di solo alcuni principi della legge n. 241 del 1990⁵¹ anche ai procedimenti per la copertura degli incarichi direttivi e semi – direttivi, con contestuale regime di pubblicità per tutti

⁴⁹Sul punto cfr., G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovratattuali*, Torino, 2019.

⁵⁰ Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3213) il Testo unico sulla dirigenza giudiziaria «non reca norme, cioè regole di diritto, ma solo pone criteri per un futuro e coerente esercizio della discrezionalità valutativa dell’organo di governo autonomo: sicché un successivo contrasto con le sue previsioni non concretizza una violazione di precetti, ma un discostamento da quei criteri che, per la pari ordinazione dell’atto e il carattere astratto del primo, va di volta in volta giustificato e seriamente motivato. Ove ciò non avvenga, si manifesta un uso indebito e distorto di quel potere valutativo, vale a dire ricorre un eventuale vizio di eccesso di potere, non già di violazione di legge. In ipotesi di denunciato contrasto con il *Testo unico*, dunque, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo deve vagliare se in concreto siano stati e adeguatamente dimostrati esistenti i detti presupposti per derogarvi. Al tempo stesso, ove si rilevi che una previsione del Testo unico si pone in contrasto con la legge, va senz’altro ritenuta priva di effetti e non applicata dal giudice, quand’anche non espressamente impugnata».

⁵¹ In merito all’applicabilità della l. 241 del 1990 al Csm, cfr., M. PATRONO, *Il Csm nei “tentacoli” della l. 241/1990*, in *Dir. e Soc.*, 1991/1, 169 ss.

gli atti concorsuali (art. 2, comma 1, lettera a del disegno di legge “Bonafede”) e possibilità di procedere ad un sistema articolato di audizioni (lettera b). Tutto ciò dovrebbe comportare un maggiore ordine nello svolgimento delle attività consiliari finalizzate al conferimento degli incarichi direttivi o semi – direttivi, evitando la prassi di concentrare in un’unica seduta il (solito) “pacchetto” di nomine⁵².

È auspicabile che dal confronto politico sul percorso della riforma della giustizia la prospettiva appena descritta sia possibilmente migliorata, senza dimenticare che i criteri da seguire per le nomine sono importanti e decisivi quanto le regole del *nuovo* sistema elettorale per i membri togati del Csm.

Il dibattito parlamentare dovrebbe svolgersi lungo le coordinate definite dalla giurisprudenza costituzionale e recepire i puntuali richiami che provengono dal Presidente della Repubblica.

Non va dimenticato che secondo la Corte costituzionale «la riserva di legge che è stata posta dalla Costituzione a fondamento della disciplina sull’ordinamento giudiziario al fine di garantire lo status di indipendenza della magistratura sia giudicante che requirente concerne non solo l’esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche il momento dell’investitura in tali funzioni, ivi compresa la nomina dei magistrati negli uffici direttivi. Con specifico riguardo al conferimento di tali uffici, dalla riserva di legge discende la necessità che sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità della nomina. La riserva non implica, invece, che tali criteri debbano essere predeterminati dal legislatore in termini così analitici e dettagliati da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici, annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati. Pertanto, nella materia in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell’organo decidente verso la scelta della persona più idonea»⁵³.

⁵² «Questo metodo perverso produce due risultati, entrambi negativi: a) ritarda le nomine, perché bisogna aspettare che si verifichi un certo numero di scoperture, tale da consentire un equilibrio di potere soddisfacente per le varie correnti; b) la scelta dei dirigenti non segue necessariamente criteri di merito, ma è influenzata dall’esigenza di “accontentare tutti”, comprimendo le potenzialità dei candidati migliori, se la loro nomina dovesse turbare gli equilibri interni del C.S.M.», così G. SILVESTRI, *Pizzorusso e l’ordinamento giudiziario*, in A. PIZZORUSSO, *L’ordinamento giudiziario*, I, cit., XI ss., spec., XIX.

Sul punto si tenga comunque conto di quanto previsto dall’art. 37 del regolamento interno in tema di “Procedura per il conferimento degli uffici direttivi. Voto palese per il conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi” come tentativo di superare alcune delle note criticità, sul punto cfr., D. PICCIONE, *Il Consiglio superiore della magistratura, attraverso il prisma del suo regolamento*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, 4/2017, 1 ss., spec. 8.

⁵³ Corte costituzionale, sentenza 8 febbraio 1991, n. 72, cit., 515.

Il Presidente della Repubblica ha ricordato che «l'esercizio sapiente e corretto della discrezionalità amministrativa consente di selezionare tempestivamente, con cura e con obiettività, i dirigenti degli uffici giudiziari nelle varie articolazioni che l'ordine giudiziario presenta. Ad essi spetta un ruolo di rilievo nel percorso di rinnovamento, perché compete loro promuovere moduli organizzativi efficaci attraverso i quali, con il contributo dei magistrati e degli uffici cui sono preposti, possono dare concretezza ai principi di irrinunciabile autonomia e indipendenza della Magistratura»⁵⁴. In questa prospettiva il Csm «ha, oggi più che mai, – come sempre – il dovere di assicurare all'Ordine Giudiziario e alla Repubblica che le sue nomine siano guidate soltanto da indiscutibili criteri attinenti alle capacità professionali dei candidati»⁵⁵ e, quindi, spetta al Consiglio il compito di «provvedere ad adeguamenti delle proprie norme interne, di organizzazione e di funzionamento, per assicurare, con maggiore e piena efficacia, ritmi ordinati nel rispetto delle scadenze, regole puntuali e trasparenza delle proprie deliberazioni»⁵⁶, soprattutto quando dette deliberazioni attengono al conferimento di incarichi di maggiore responsabilità, in quanto è di «fondamentale importanza» il ruolo «dei magistrati con incarichi direttivi e semidirettivi», per i quali è richiesta «la capacità di promuovere il coordinamento e il confronto all'interno dell'ufficio, in modo da potenziare l'efficacia di ogni singolo provvedimento che, in quanto frutto di un'ampia condivisione, potrà assumere il carattere di una maggiore stabilità»⁵⁷.

13. *L'iter parlamentare della riforma fra incertezze politiche ed esigenze di cambiamento.*

Le riforme della giustizia si avviano al confronto in Parlamento e lo svolgimento dell'*iter legis* potrebbe essere condizionato da quattro proposte di legge di iniziativa parlamentare accomunate dalle medesime finalità: l'istituzione di una commissione di inchiesta (*ex art. 82 della Costituzione*) in tema di disfunzioni che avrebbero riguardato l'amministrazione della giustizia e finito per condizionare l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Le proposte in questione sollecitano alcune riflessioni che, nel rispetto

⁵⁴ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria del Consiglio Superiore della Magistratura, in occasione del conferimento dell'Ufficio di Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione (15 luglio 2020).

⁵⁵ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura, in occasione del conferimento dell'Ufficio di Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione (14 novembre 2019).

⁵⁶ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura (21 giugno 2019).

⁵⁷ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell'incontro con i magistrati ordinari in tirocinio nominati con D.M. 12 febbraio 2019 (26 febbraio 2020).

degli obiettivi di questo contributo, si concentrano su alcuni fra i molti punti di discussione⁵⁸.

Le prime due proposte risalgono al luglio del 2020⁵⁹ le altre risultano presentate nel mese di aprile del 2021⁶⁰. Si tratta quindi di iniziative che possono essere rapportate alle vicende politiche che hanno caratterizzato la legislatura ed in particolare al succedersi dei governi e delle rispettive maggioranze. Muovendo dalla formula politica che sostiene il Governo Draghi⁶¹, si osserva che tre delle quattro proposte provengono (ora) da Parlamentari iscritti ai Gruppi parlamentari che concorrono con altre forze politiche alla definizione dell'attuale maggioranza⁶². Mentre la quarta proposta proviene da un Deputato iscritto al Gruppo parlamentare di Fratelli d'Italia⁶³.

Gli atti parlamentari appena richiamati immaginano che la commissione di inchiesta si configuri come bicamerale e sia istituita con legge. La presentazione delle proposte di legge alla Camera dei Deputati comporterà che l'eventuale approvazione da parte della Camera della proposta avvenga nel rispetto delle poche disposizioni regolamentari applicabili (artt. 140 – 142).

⁵⁸ Come esempio del dibattito all'attualità politica v., S. CASSESE, *Perché indagare sulla giustizia*, in *Il Corriere della sera*, 23 aprile 2021; E. BRUTI LIBERATI, *Commissioni di inchiesta? Quella su di noi toglie è destinata alla paralisi*, in *Il dubbio*, 24 aprile 2021; O. ABBAMONTE, *Politica e magistratura, sì a Commissione d'inchiesta*, in *Roma*, 26 aprile 2021;

⁵⁹ La prima proposta (A.C. 2565 – prima firmataria On. M. S. Gelmini) risulta presentata in data 1 luglio 2020 e successivamente (28 luglio 2020) assegnata alla I Commissione Affari costituzionali in sede referente ed ha ad oggetto: "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sull'uso politico della giustizia". La seconda proposta (A.C. 2586 – primo firmatario On. Delmastro Delle Vedove) risulta presentata in data 13 luglio 2020 e successivamente (27 aprile 2021) assegnata alla I Commissione Affari costituzionali in sede referente ed ha ad oggetto: "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sull'organizzazione e sull'attività delle correnti all'interno della magistratura, su eventuali influenze illecite nell'attribuzione di incarichi direttivi e nel funzionamento del Consiglio superiore della magistratura nonché sul ruolo esercitato dal magistrato Luca Palamara".

⁶⁰ La terza proposta (A.C. 3012 – primo firmatario On. Turri) risulta presentata in data 12 aprile 2021 e successivamente (27 aprile 2021) assegnata alla I Commissione Affari costituzionali in sede referente ed ha ad oggetto: "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta su eventuali condizionamenti, incompatibili con l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, riguardanti il conferimento di incarichi e l'esercizio delle funzioni giurisdizionali". La quarta (A.C. 3054 – prima firmataria On. Bartolozzi) risulta presentata in data 23 aprile 2021 e successivamente (3 maggio 2021) assegnata alla I Commissione Affari costituzionali in sede referente ed ha ad oggetto: "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sull'uso politico della giustizia".

⁶¹ L'esecutivo ha prestato giuramento il 13 febbraio 2021, ha, quindi, ottenuto la fiducia al Senato il 17 febbraio 2021 con 262 voti favorevoli, 40 contrari e 2 astenuti. Il giorno seguente ha ottenuto la fiducia anche alla Camera con 535 voti favorevoli, 56 contrari e 5 astenuti.

⁶² In particolare, si tratta dei Gruppi di Forza Italia – Berlusconi Presidente (A.C. 2565 – prima firmataria On. M. S. Gelmini; A.C. 3054 – prima firmataria On. Bartolozzi) e della Lega – Salvini Premier (A.C. 3012 – primo firmatario On. Turri).

⁶³ Si tratta di A.C. 2586 – primo firmatario On. Delmastro Delle Vedove.

Uno sguardo ai regolamenti di Camera e Senato consente di evidenziare che i meccanismi che regolano l'approvazione dell'istituzione della commissione di inchiesta non sono tali da incidere sulla natura dell'inchiesta⁶⁴. Infatti, «la Costituzione non consente la formazione di Commissioni parlamentari di inchiesta ad iniziativa di minoranze qualificate»⁶⁵, mentre il ruolo e il funzionamento delle commissioni di inchiesta è influenzato dal «concreto conformarsi del sistema partitico»⁶⁶. In definitiva risulta confermata la correttezza di chi – nell'interpretare l'art. 82 della Costituzione – ritiene che l'inchiesta sia uno strumento a disposizione della maggioranza parlamentare⁶⁷.

Ciò detto, deve rammentarsi che con l'approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza la maggioranza parlamentare ha definito la natura della riforma della giustizia (come riforma “orizzontale” di “contesto”, “abilitante”), ha precisato l'oggetto della riforma, ha, quindi, indicato un calendario. Al rispetto di tutto questo si lega il destino delle risorse che contribuiranno alla rinascita del nostro Paese.

La prospettiva appena delineata dovrebbe essere assorbente rispetto alle proposte che provengono dai Gruppi ricompresi nell'attuale maggioranza (Forza Italia – Berlusconi Presidente e Lega Salvini Premier) e non dovrebbe assicurare alcun sostegno all'iniziativa proveniente da Fratelli d'Italia, salvo a voler discutere della stessa sopravvivenza dell'Esecutivo in carica.

L'eventuale avvio dell'*iter* parlamentare relativo alle proposte di istituzione di Commissioni di inchiesta *ex* art. 82 della Costituzione dovrà sciogliere il nodo dell'oggetto delle suddette inchieste. Non vi è dubbio che l'amministrazione della giustizia è una “materia di pubblico interesse”. Ma questa scontata conclusione non è sufficiente per considerare acquisita la compatibilità costituzionale delle proposte presentate alla Camera dei Deputati senza aver preso posizione su quanto espressamente proposto in merito all'oggetto delle inchieste per come declinato nelle singole proposte di legge.

⁶⁴ Per la Camera dei Deputati il comma 1 dell'art. 49 prevede che «sono altresì effettuate a scrutinio segreto, sempre che ne venga fatta richiesta, le votazioni sulle modifiche al Regolamento, sull'istituzione di Commissioni parlamentari di inchiesta, sulle leggi ordinarie relative agli organi costituzionali dello Stato (Parlamento, Presidente della Repubblica, Governo, Corte costituzionale) e agli organi delle regioni, nonché sulle leggi elettorali»; a ciò si aggiunga che l'art. 116 comma 4 esclude che possa porsi la questione di fiducia sulle proposte di istituzione di una commissione di inchiesta. Al Senato il regolamento (art. 162, comma 2) ha introdotto una specie di corsia preferenziale per le proposte di istituzione di una commissione di inchiesta il cui *iter* è sottratto al vaglio della Conferenza dei presidenti dei Gruppi Parlamentari.

⁶⁵ Così, V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013, 814.

⁶⁶ G. BUSIA, *Art. 82*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 1615 ss., spec., 1623.

⁶⁷ Sul punto v., A. PACE, *Art. 82*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna – Roma, 1979, 303 ss., spec. 310 ss.

A riguardo osservo che alcune questioni agitate nelle suddette proposte possono considerarsi del tutto acquisite al tema dell'amministrazione della giustizia. Valgono a riguardo i richiami in precedenza svolti alle difficoltà di funzionamento del Csm, all'incertezza dei rapporti fra il Consiglio e il Ministro della giustizia, alle incertezze del Parlamento in merito alla riforma dell'ordinamento giudiziario, alle scelte dei membri "laici", al conferimento degli incarichi più delicati, all'incidenza delle correnti rispetto all'elezione dei membri "togati" e alle determinazioni assunte dal Csm anche in sede disciplinare.

Quanto sommariamente esposto rappresenta la ragione per la quale la riforma della giustizia non è più rinviabile. Non riesco ad immaginare quali novità potrebbero aggiungersi alle informazioni già presenti nel dibattito scientifico e in quello politico – istituzionale⁶⁸.

Inoltre, tra gli oggetti presenti nelle proposte delle commissioni di inchiesta ve ne sono alcuni che pongono seri profili di incompatibilità con la Costituzione. Mi riferisco al tentativo di indirizzare l'inchiesta parlamentare verso una valutazione delle attività giurisdizionali della magistratura (esercizio o mancato esercizio dell'azione penale; organizzazione delle attività degli uffici giudiziari in ragione degli affari da trattare con incidenza sul principio del giudice naturale precostituito per legge; sorte dei processi penali in ragione del conferimento di incarichi direttivi).

Per gli ambiti appena indicati vi è il forte rischio che l'inchiesta parlamentare finisca per interferire con quanto previsto dall'art. 104 della Costituzione con particolare riferimento alla garanzia costituzionale dell'indipendenza del potere giudiziario⁶⁹. In particolare l'indipendenza pone a riparo il singolo giudice da interferenze che possono provenire da organi appartenenti ad altri poteri dello Stato⁷⁰, e ciò in quanto l'indipendenza «si puntualizza pure nel singolo magistra-

⁶⁸ Sul punto cfr., G. AZZARITI, *Istituire una commissione di inchiesta o agire per la giustizia*, in *Questione Giustizia*, 24 aprile 2021.

⁶⁹ Cfr., F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *La magistratura*, II, Art. 104-107, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna – Roma, 1986, 29 ss.

⁷⁰ Secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 284 del 23 dicembre 1986, in *Giur. cost.*, 1986, 2290 ss.) «l'indipendenza del giudice consiste nell'autonoma potestà decisionale, non condizionata da interferenze dirette ovvero indirette provenienti dall'autorità di governo o da qualsiasi altro soggetto. Essa concerne non solo l'ordine giudiziario nel suo complesso (art. 104 Cost.) ma anche i singoli organi, ordinari (art. 107) e speciali (art. 108), al fine di assicurare che l'attività giurisdizionale, nelle varie articolazioni, come la sua intrinseca essenza esige, sia esercitata senza inammissibili influenze esterne»; per quel che concerne il pubblico ministero, la Corte costituzionale (sentenza 16 dicembre 1970, n. 190, in *Giur. cost.*, 1970, 2179 ss., su cui M. CHIAVARIO, *Un salto qualitativo (... con cautela) nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l'interrogatorio istruttorio e la presenza del difensore*, *ivi*, 2180 ss.) ci ricorda che si tratta di un «magistrato appartenente all'ordine giudiziario, collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, egli non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge: persegue, come si usa dire, fini di giustizia».

to, qualificandone la posizione sia all'interno che all'esterno: nei confronti degli altri magistrati, di ogni altro potere dello Stato e dello stesso Consiglio superiore della magistratura»⁷¹.

Nello svolgimento del dibattito parlamentare è bene che le forze politiche si impegnino per una riforma della giustizia nella consapevolezza che il problema principale dell'Italia è la lotta alla corruzione, alla criminalità organizzata, alla lentezza della macchina giudiziaria e all'innalzamento della trasparenza e dell'efficacia delle determinazioni del Csm. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza colloca il "Piano Straordinario per la Giustizia" in una prospettiva che esclude i rancori e si astraie dalla polemica fine a se stessa e sollecita decisioni politiche coraggiose.

Qui è in gioco il nuovo corso della giustizia italiana che può avvicinarsi ancora di più agli interessi dei cittadini, delle famiglie, delle imprese ed essere amministrata da uffici giudiziari efficienti retti da magistrati scelti sulla base di parametri e indicatori più precisi con procedure trasparenti e meglio regolate. In questo contesto non deve essere dimenticato l'impegno costante di tantissimi magistrati ordinari (si tratta della grandissima maggioranza di essi) che quotidianamente adempiono alle funzioni pubbliche loro assegnate con disciplina e onore, memori del giuramento di fedeltà alla Costituzione onorato, in alcuni casi, fino al sacrificio della propria vita.

Le scelte che il Parlamento sarà in grado di effettuare – seppur circoscritte sul piano dell'attuazione per via primaria della Costituzione – si riflettono sul piano costituzionale offrendo l'opportunità di ridefinire il sistema costituzionale di cui al Titolo IV della Costituzione su coordinate diverse da quelle legate alle questioni sorte all'indomani dell'approvazione della legge n. 195 del 1958. In questo senso i richiami del Presidente della Repubblica, un Ministro della giustizia garante anch'esso dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura italiana, un Parlamento attento alle materie che il Titolo IV della Costituzione gli affida, una magistratura consapevole della necessità del ruolo che l'ordinamento le assegna, un Csm capace di rilanciare le proprie competenze, sono alcune delle matrici che potrebbero risultare decisive per una riforma della giustizia in cui vince il Paese.

Al momento non è possibile immaginare *se e come* le riforme della giustizia inserite nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza si realizzeranno. Emerge la forte determinazione del Governo Draghi a mantenere gli impegni presi con la Commissione sia per quel che concerne i temi in discussione che i tempi.

⁷¹ Corte costituzionale sentenza 16 novembre 2000, n. 497, in *Giur. cost.*, 2000, 3831 ss., su cui v., R. PINARDI, *Un avvocato per il giudice od un giudice come avvocato? Luci ed ombre di una pronunzia (comunque) apprezzabile*, *ivi*, 3841 ss.; F. DELLA SBARBA, *La difesa dei magistrati da parte degli avvocati nei giudizi disciplinari*, *ivi*, 3849; F. BIONDI, *Il diritto di difesa, l'indipendenza del magistrato e la tutela del prestigio dell'ordine giudiziario nel procedimento disciplinare*, *ivi*, 3857.

Il cammino parlamentare delle riforme dovrà fare i conti con le insidie che provengono dal dibattito politico (fra cui anche un'articolata iniziativa referendaria promossa dal Partito Radicale e dalla Lega).

Malgrado le inevitabili incertezze la riforma della giustizia è un obiettivo a cui non possiamo rinunciare.

Abstract

Il contributo si sofferma sul tema delle riforme della giustizia per come prospettate nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). In particolare, lo studio riguarda alcuni aspetti problematici delle riforme del Csm e dell'ordinamento giudiziario. Nello scritto si analizzano le potenzialità delle riforme e si richiama l'attenzione del lettore anche su alcuni ostacoli legati alla dialettica politica in tema di giustizia.

The National Plan for Recovery and Resilience and the Reforms of the Judicial System

by Giuseppe Verde

The Author describes how the Italian National Plan for Recovery and Resilience approaches the issue of reforms of the Judicial System. The article dedicates wide attention to the reforms of the High Council of the Judiciary and of the rules of the judiciary, stressing their potentials and showing that tones and contents of the political debate could hinder the reforming path.

Le costituzioni partecipate nell'area andina. Esperienze costituenti a confronto in vista dell'elezione dell'Assemblea costituente cilena

di Isabella M. Lo Presti

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La partecipazione nei processi costituenti e il ricorso alle procedure deliberative. Inquadramento teorico della ricerca. – 3. Prime manifestazioni del *nuevo constitucionalismo* andino. Il processo costituente colombiano. – 3.1. Le distorsioni della partecipazione nel processo costituente boliviano. – 3.2. L'esperienza ecuadoriana come monito per i futuri processi costituenti partecipativi. – 4. Le costituzioni partecipate come manifesto del *nuevo constitucionalismo* andino. – 5. L'avvio del processo costituente in Cile tra aspettative e realtà. – 5.1. Previsioni sul futuro del processo costituente in Cile alla luce delle esperienze passate. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Note introduttive

Il titolo del presente contributo trae spunto dalla categoria di elaborazione dottrinale che riunisce una serie di processi costituenti, caratterizzati da un elemento comune: in essi «la società entra direttamente nel processo di formazione della costituzione e di elaborazione delle sue norme, attraverso procedimenti più o meno formalizzati»¹. In tal senso, l'America latina sembra aver fatto della partecipazione un carattere endogeno dei processi costituenti più recenti², anche se non sono mancate esperienze simili nel panorama europeo, come avvenuto per la riforma costituzionale irlandese o per il tentativo, seppur incompiuto, di approvazione di una nuova Costituzione islandese³.

Il rinnovato interesse verso processi costituenti caratterizzati dal ricorso ai meccanismi di partecipazione popolare si deve al vivace dibattito attualmente in corso sulle vicende costituzionali del Cile. Dall'*estallido social*⁴ all'approvazione

¹ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Recenti costituzioni partecipate: Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2013, 691.

² L'iperproduttività di nuovi testi costituzionali in tale area geografica è segnalata da A. M. BEJARANO, P. NAVIA, A. PÉREZ-LIÑÁN, G. NEGRETTO, *Tuercas y tornillos en la fábrica de constituciones. Un debate en torno a Making Constitutions. Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America* de Gabriel Negretto, in *Política y gobierno*, n. 2/2014, 479 e ss.

³ Si rinvia su tali esperienze a N. PETTINARI, *Gli strumenti di democrazia partecipativa nelle costituzioni e la partecipazione ai processi costituenti. Verso un nuovo sviluppo della qualità democratica?*, in *Federalismi.it*, n. 15/2019, 21 e ss., in www.federalismi.it; si veda anche L. G. SCIANNELLA, *Il processo costituente islandese e la democrazia 2.0*, in *La democrazia partecipativa nell'esperienza della Repubblica. Nuovi segnali dalla società civile*, a cura di C. DI MARCO, F. RICCI, L. G. SCIANNELLA, Napoli, 2012, 53 ss.

⁴ Espressione utilizzata per indicare le proteste e le sommosse popolari verificatesi il 18 ottobre 2019 nella capitale e proseguite nelle settimane successive in tutto il Paese. Cfr. V. PIERGIGLI, *Dagli "stati di eccezione" al processo costituente. Una ricostruzione della recente esperienza cilena*, in *DPCE Online* (Osservatorio sul processo costituente cileno), 5, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/index>.

della riforma costituzionale che ha legittimato la celebrazione del *plebiscito nacional* del 25 ottobre 2020, il processo di *constitution-making* cileno si pone già in linea con alcuni elementi procedurali precedentemente sperimentati in altri ordinamenti geograficamente e culturalmente affini, quali la Colombia, l'Ecuador e la Bolivia. Le esperienze scelte sono considerate come pioniere di un nuovo modello di processo costituente⁵, affermatosi nell'area andina, nel quale la partecipazione popolare permea l'intera procedura di elaborazione della nuova norma fondamentale. Si realizza, così, un ampliamento dei momenti e del novero degli strumenti che garantiscono il coinvolgimento popolare nella formazione della Costituzione, andando oltre la fase dell'elezione dei costituenti e senza fermarsi alle sole consultazioni referendarie⁶.

L'analisi del carattere partecipativo dei processi costituenti analizzati si intreccia con un ulteriore profilo di indagine, inerente agli effetti che tali procedure partecipative hanno prodotto sul contenuto delle nuove costituzioni. In merito a questo profilo, i risultati della ricerca evidenziano due aspetti comuni ai testi costituzionali oggetto di esame: in primo luogo, si rileva la costituzionalizzazione di strumenti partecipativo- deliberativi, per lungo tempo rimessi alla normazione del legislatore ordinario, principalmente sub-statale; in secondo luogo, il coinvolgimento di molteplici gruppi sociali e delle comunità indigene nella redazione dei testi costituzionali esaminati ha dato origine a una fusione tra formante culturale e legislativo⁷, che ha portato all'inclusione nelle costituzioni di elementi extragiuridici, confermando uno dei tratti identitari del *nuevo constitucionalismo andino*⁸. È proprio a partire dalle esperienze costituenti esaminate, e da

⁵ In tal senso, F. SOTO, Y. WELP, *Los «diálogos ciudadanos». Chile ante el giro deliberativo*, Santiago de Chile, 2017, 144.

⁶ In J. ELSTER, *Forces and Mechanisms in the Constitution-making Process*, in *Duke Law Review*, vol. 45, 1995, 373, la ratifica popolare del testo approvato dall'Assemblea costituente, laddove prevista, è considerata comunque un elemento in grado di *amplificare* gli effetti della partecipazione popolare, incidendo, non solo sulla fase finale del processo costituente, ma anche sui lavori della stessa Assemblea costituente. Il referendum, secondo la lettura di Elster agisce, infatti, come un *downstream constraint* in quanto influenza i costituenti, ben consapevoli che il testo da loro elaborato sarà oggetto di una verifica popolare finale. In questo senso anche T. GINSBURG, J. BLOUNT, Z. ELKINS, *The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval*, in *Temple Law Review*, n. 2/2008, 367, che osservano: «ratification is, thus, a downstream constraint that can hamstring leaders in an earlier stage who recognize that their document must ultimately obtain public approval. Although only one of many points in the process in which public participation can be realized, it is the key point, and can have significant impact on upstream processes of constitutional design».

⁷ Cfr. S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, a cura di S. BALDIN, M. ZAGO, Bologna, 2012, 98.

⁸ Tra i teorici del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano si vedano i contributi di R. VICIANO PASTOR, R. MARTINEZ DALMAU, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *El nuevo constitucionalismo en America Latina*, a cura di Corte Constitucional del Ecuador, 2010, 9 ss.; ID., *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*,

altre similari che hanno interessato l'area andina, che si è affermata questa nuova “teoria della Costituzione”⁹, basata sull'individuazione dei caratteri, formali e sostanziali, che accumulano i testi costituzionali adottati attraverso processi costituenti inclusivi e partecipativi. Tuttavia, come si avrà modo di osservare, il carattere partecipativo di questi processi è stato amplificato rispetto ad altri elementi, pur determinanti, tra cui, ad esempio, l'incidenza di forti *leader* politici¹⁰. Inoltre, l'analisi comparata ha evidenziato una problematica comune ad alcune esperienze: la partecipazione massiva non strutturata. Tale aspetto ha generato in alcuni casi una iperproduzione di proposte, molte delle quali inutilizzabili ai fini della stesura del testo costituzionale; in altri casi, mancando un adeguato sistema di processamento dei contenuti prodotti dalla deliberazione popolare, non è stato possibile verificare l'impatto che questi hanno prodotto in fase di *drafting*.

2. *La partecipazione nei processi costituenti e il ricorso alle procedure deliberative. Inquadramento teorico della ricerca*

Operazione propedeutica all'esame dei processi costituenti oggetto di comparazione è la definizione delle caratteristiche che consentiranno di qualificare gli stessi come partecipati e deliberativi. Tale analisi non può che prendere avvio da una breve premessa sulla varietà delle soluzioni proposte in dottrina in merito al possibile inquadramento teorico della partecipazione come modello di democrazia. Manca, infatti, tutt'oggi una teoria compiuta e organica che riconosca l'autonomia della democrazia partecipativa¹¹. La “partecipazione” può, dunque, rilevare come principio costituzionale, come modello di democrazia, ma anche come paradigma di quel novero di pratiche messe in atto, principalmente in

a cura di R. VICIANO PASTOR, Valencia, 2012, spec. 20 e ss. Cfr. Anche M. CARBONELL, *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*, in *Neoconstitucionalismo(s)*, a cura di M. CARBONELL, Madrid, 2003; e ancora cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina*, Lima, 2010. Sulle specificità dei processi costituenti andini e il loro difficile inquadramento nelle teorie classiche del *constitution-making* si rimanda a A. ARATO, *Post Sovereign Constitution Making*, Oxford, 2016, 294 e ss.

⁹ Cfr. G. SALMORÁN, *Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autoacias plebiscitarias?*, in *Diritto e Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, n. 2, 2016, 134.

¹⁰ Una lettura più critica del *nuevo constitucionalismo* andino è presentata da R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Chile, 2009, nonché da P. SALAZAR UGARTE, *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, Mexico, 2013. Tra i contributi della dottrina italiana, sempre in chiave critica, si veda A. MASTROMARINO, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, fascicolo 2, aprile- giugno 2020, 317- 361.

¹¹ Si veda in tal senso, *ex multis*, G. COTTURRI, *La democrazia partecipativa*, in *Democrazia e Diritto*, 1/2005, p. 2 e ss. nonché A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 47 e ss.

ambito locale, al fine di favorire l'interazione tra i cittadini e le istituzioni nell'adozione di decisioni pubbliche.

Distinta è la genesi e la natura della democrazia deliberativa, affermatasi come risultato della teorizzazione statunitense e basata sulla proceduralizzazione di strumenti che favoriscono il confronto dialogico dei partecipanti, al fine di migliorare i processi decisionali pubblici. Il rapporto tra i due modelli di democrazia richiamati è oggetto di una nutrita produzione dottrinale¹², nella quale si rinvengono letture divergenti. Tra queste sempre più spazio sembra acquisire la tesi in base alla quale la democrazia deliberativa integrerebbe una forma di democrazia partecipativa, ma dalla portata più circoscritta e definita¹³. Si tratterebbe, dunque, di un rapporto *species-genus*, in base al quale ogni esperienza deliberativa è anche partecipativa¹⁴. Viene, così, esclusa la configurazione di un modello autonomo e alternativo di democrazia deliberativa, mancando quel grado di sistematicità necessario per includerla in una tassonomia dei sistemi¹⁵.

Questa breve premessa, è utile per comprendere quali sono gli aspetti da considerare per poter qualificare i processi costituenti come partecipativi. A tal proposito i canali partecipativi che consentono quel coinvolgimento della società nel processo di formazione della Costituzione, precedentemente richiamato, possono assumere forme diverse e inserirsi in momenti differenti: nella fase genetica, la partecipazione può essere assicurata sia attraverso lo strumento del referendum, che avvia formalmente il processo costituente, ma anche nella forma spontanea e non regolamentata dei movimenti sociali che reclamano un cambio costituzionale¹⁶.

¹² A titolo esemplificativo ma non esaustivo si veda A. FLORIDIA, *Un'idea deliberativa della democrazia: genealogia e principi*, Bologna, 2017; N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Roma, 2009; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018; J.S. FISHKIN, P. LASLETT, *Debating Deliberative Democracy*, Malden, 2003; P. PICIACCHIA, *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National*, in *DPCE Online*, n. 3, 2020, 3193 ss., <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/index>; F. POLITI, *Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021, 519 e ss.

¹³ Cfr. L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e Diritto*, 4/2006, p. 14.

¹⁴ Contrario a tale tesi R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, a cura di U. ALLEGRETTI, Firenze, 2010, p. 67 che osserva come il concetto di democrazia deliberativa rinvii «a un complesso insieme teorico, molto differenziato al suo interno» (corsivo dell'Autrice).

¹⁵ Cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2017, www.federalismi.it. La proposta di elaborare due “famiglie” di pratiche distinte, partecipative e deliberative, si rinviene in U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze cit.*, p. 17; nello stesso senso, cfr. D. GIANNETTI, *Modelli e pratiche della democrazia deliberativa*, in *Strumenti della democrazia*, a cura di G. Pasquino, Bologna, 2007, 151.

¹⁶ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo cit.*, p. 13. In tal caso è possibile

Nelle esperienze costituenti più recenti, questi canali partecipativi sono stati arricchiti da nuove pratiche di coinvolgimento attivo dei consociati, più o meno formalizzate, che hanno svolto una funzione integrativa del meccanismo rappresentativo che rimette ad un organo *ad hoc* la stesura della nuova Costituzione. Si tratta di strumenti propriamente deliberativi che, come osservato in dottrina, poggiano su due elementi indefettibili: «l'uso del confronto argomentato»¹⁷ tra i partecipanti e la capacità della deliberazione di orientare la decisione finale¹⁸. Nei processi partecipativi, può, dunque, riscontrarsi un carattere deliberativo quando questi sono articolati nel rispetto delle fasi, dei tempi e degli attori della deliberazione, ma soprattutto quando sia previsto un adeguato meccanismo di trasferimento dei risultati conseguiti con metodo deliberativo all'organo incaricato di redigere il nuovo testo costituzionale¹⁹. È proprio l'incisività delle arene deliberative sulla decisione finale che costituisce il vero *discrimen* con le pratiche partecipative; incisività non solo diretta, ma anche indiretta, intesa come «*como ampliación de la agenda pública y formación colectiva de opiniones, que en definitiva puede afectar el texto constitucional y la construcción de su legitimidad*»²⁰.

3. Prime manifestazioni del nuovo costituzionalismo andino. Il processo costituente colombiano

L'esperienza costituente colombiana si colloca come capofila dei processi scelti per lo svolgimento di una breve analisi comparata, presentando quelle caratteristiche che sono state riconosciute come proprie del *nuevo constitucionalismo andino*: una genesi popolare, basata sulla mobilitazione delle classi sociali escluse o marginalizzate dall'*establishment* di governo²¹; una forte vocazione partecipativa del processo costituente; l'inclusione nel nuovo testo costituzionale di principi e

riconoscere un'iniziativa costituzionale popolare, anche denominata “*idea-generating stage*” da KG. BANTING, R. SIMEON, *Redesigning the State: The Politics of Constitutional Change*, Toronto, 1985 citato da G. JACOBSON, M. SCHOR, *Comparative constitutional Theory*, Cheltenham, 2018, 440.

¹⁷ Cfr. L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia* cit., 14.

¹⁸ Cfr. P. VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Federalismi.it*, 2018, 3, www.federalismi.it.

¹⁹ Una chiara definizione di processo costituente deliberativo è articolata in Y. GHALI, G. GALLI, *Constitution Building Processes and Democratization*, in *International IDEA's handbook “Democracy, Conflict, and Human Security: Further Readings”*, 2006, 16, in base alla quale il carattere deliberativo indicherebbe «*a process of negotiation which is based on clear goals (of the national interest and social justice) and sufficient information and knowledge, aimed at exchanges of ideas, clarification of differences, persuasion and agreements*».

²⁰ Cfr. F. SOTO, Y. WELP, *Los «diálogos ciudadanos»* cit., 143. Gli Autori sottolineano che «*para que la participación genere un efecto deliberativo se requiere más que buena voluntad, se necesita un diseño desplegado a lo largo de todo el proceso y que brinde a los nuevos actores mecanismos concretos para la deliberación, incorporados al debate un espacio que trascienda la dinámica de acuerdos y desacuerdos de la élite política*».

²¹ Cfr. KG. BANTING, R. SIMEON, *Redesigning the State* cit., 440.

valori propri delle componenti culturali ed etniche del paese. I summenzionati elementi si presentano nel processo colombiano ancora ad uno stato embrionale, mentre sono emersi in maniera più evidente in Ecuador e Bolivia.

L'avvio del processo costituente colombiano è legato all'azione del “*movimiento de la séptima papeleta*”, nato in seguito alla celebrazione di incontri informali tra studenti universitari, animati dal progetto di stimolare la convocazione di una Assemblea costituente che redigesse una nuova Costituzione. La celebrazione delle elezioni parlamentari, delle Assemblee Dipartimentali, del Consiglio municipale e dei Sindaci, che si sarebbero svolte nel mese di marzo del 1990, fu l'occasione proficua per manifestare le proprie istanze. Gli elettori vennero, infatti, incitati a presentare un'ulteriore scheda elettorale, nella quale si chiedeva l'avvio di un processo costituente²². Da qui la denominazione del movimento, come *de la séptima papeleta*. Le istanze emerse dalla protesta, suffragate da un'alta percentuale di voti espressi in favore dell'insediamento di una Assemblea costituente, furono recepite nei mesi seguenti dal governo colombiano. A fronte dei disordini pubblici e della violenza culminata negli omicidi di alcuni candidati presidenziali, si decise di procedere all'attivazione dell'*estadio de sitio*²³. Con il decreto che fissava le coordinate del regime emergenziale si stabiliva che, in occasione delle imminenti elezioni presidenziali, si sarebbe proceduto ad un nuovo e ufficiale scrutinio dei voti espressi in favore della convocazione di una Assemblea costituente²⁴. In tale contesto si insediò il neo eletto Presidente Gaviria che confermò il proprio appoggio al processo costituente. Le funzioni, la composizione e la durata del mandato dell'Assemblea costituente furono determinate da un accordo tra il Presidente e le principali forze politiche presenti in parlamento²⁵. Come emerge dagli eventi richiamati, nella fase di avvio del processo costituente colombiano si rintraccia, dunque, una profonda commistione tra fattori sociali e politici che influi in maniera determinante sui caratteri di tale esperienza²⁶.

Per ciò che concerne la partecipazione popolare, sin dalla fase precedente

²² La scheda elettorale presentava la dicitura «*Voto por Colombia, sí, a una Asamblea Nacional Constituyente*», cfr. C. JIMÉNEZ MARTÍN, *Momentos, escenarios y sujetos de la producción constituyente. Aproximaciones críticas al proceso constitucional de los noventa*, in *Análisis Político*, n. 58/2006, 141.

²³ *Decreto de Estado de sitio N. 927 de 3 de mayo de 1990*, pubblicato nel *Diario Oficial* n. 39335, 4 maggio 1990.

²⁴ Avverso il decreto venne proposto ricorso alla *Corte Suprema de Justicia* che, con sentenza del 24 maggio 1990, n. 2149 -334 E, confermava la sua costituzionalità.

²⁵ L'accordo venne recepito dal decreto presidenziale n. 1926 con il quale si confermava la vigenza dell'*estadio de sitio* e si convocavano le elezioni per la scelta dei membri dell'Assemblea costituente. Cfr. C. JIMÉNEZ MARTÍN, *Momentos, escenarios y cit.*, 143.

²⁶ In A. DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, *Democracia pactada. El Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991 en Colombia*, Lima, 2002, la fine della Guerra Fredda viene indicata come un elemento che influi, seppur in maniera indiretta, sul processo costituente colombiano in quanto si trattò di un evento che rimodulò l'egemonia statunitense sull'America latina.

all'insediamento dell'Assemblea costituente, fu attivo un doppio canale partecipativo: in tutto il Paese si organizzarono diversi *meeting* dai quali emersero numerose proposte che vennero processate dalle "commissioni preparatorie", incaricate di redigere documenti di sintesi che avrebbero, poi, orientato i lavori dell'Assemblea costituente. Quest'ultima, eletta a suffragio universale, risultò composta non solo da rappresentanti del mondo politico ma anche da esponenti delle organizzazioni sociali e dai membri delle comunità indigene. Tuttavia, il forte astensionismo registrato alle elezioni dei costituenti e la frammentarietà interna all'Assemblea incisero in maniera determinante sulla stesura del testo costituzionale. I risultati prodotti dalla deliberazione cittadina furono, infatti, processati in ragione della necessità di raggiungere un compromesso interno all'Assemblea che, secondo le previsioni del regolamento interno²⁷, avrebbe dovuto concludere il proprio mandato in soli cinque mesi dall'insediamento²⁸. In questa fase, il fattore politico risultò prevalente sul carattere partecipativo del processo costituente che, pur essendo annoverato da alcuni autori come un processo ad "apertura partecipativa"²⁹, subì l'influenza di un forte "elitismo estructurado"³⁰. Il testo costituzionale che venne approvato dalla Costituente manifesta chiaramente il suo carattere consensuale, prodotto dei compromessi politici basati su coalizioni che venivano create e ricomposte in base alle tematiche discusse e che non garantirono quel cambio profondo che era stato auspicato come risultato della partecipazione popolare al processo costituente.

²⁷ *Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional, n.13 de 1 de marzo de 1991*, consultabile al link: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3797>.

²⁸ Questo lasso temporale veniva ulteriormente ripartito tra le attività principali demandate alla Assemblea costituente così come stabilito dagli artt. 2, 29, 37, 41 e 42 del regolamento della Costituente.

²⁹ Cfr. Y. WELP, F. SOTO, *Beyond Fashion and Smokescreens: Citizens' Deliberation of Constitutional Amendments*, in *ConstDelib Working Paper Series*, n. 7, 2020, 1-27. L'analisi realizzata dagli Autori suddivide i processi costituenti deliberativi riconducibili alla sesta ondata- secondo la classificazione realizzata da J. Elster- in cinque modelli diversi, ordinati sulla base di un grado di partecipazione popolare crescente: nelle prime due classi, costituite rispettivamente dai "symbolic deliberative processes" e dai "prejudiced deliberative proces", nei quali la partecipazione popolare è meramente simbolica o non raggiunge un grado di proceduralizzazione minimo, tale da potersi considerare effettiva. Nel terzo e quarto modello la partecipazione è effettiva ma le due classi differiscono per la mancanza, nel primo caso, di meccanismi di sistematizzazione dei contenuti generati dagli strumenti partecipativi adottati (si parla dunque di "participatory overflow" per i processi costituenti realizzati in Venezuela, Ecuador, e Bolivia), mentre tra le numerose esperienze classificate come "constituent opening" si segnalano quella colombiana e il tentativo di revisione costituzionale avviato in Cile sotto la presidenza Bachelet (cfr. pr. 5.1). Infine, l'ultimo modello presenta tutte le condizioni per poter essere qualificato come deliberativo e vi rientrano i processi costituenti del Brasile, dell'Islanda e delle riforme realizzate in Irlanda. Sulla classificazione dei processi costituenti richiamata dagli Autori si veda J. ELSTER, *Forces and Mechanisms* cit., 368 e ss.

³⁰ Cfr. F. SOTO, Y. WELP, *Los «diálogos ciudadanos»* cit., 147.

3.1. *Le distorsioni della partecipazione nel processo costituente boliviano*

Il testo costituzionale boliviano, approvato nel 2008 e ratificato nel 2009, è considerato il prototipo del modello di Costituzione partecipata³¹, in virtù dell'attivismo delle diverse classi sociali e delle comunità indigene, organizzatesi nel *Pacto de Unidad* che diede impulso al processo costituente. Si procedette, infatti, dapprima alla riforma della Costituzione allora vigente, risalente al 1967, introducendo nell'ambito del titolo dedicato alla revisione costituzionale una espressa menzione della Assemblea costituente, quale organo incaricato di procedere all'adozione di un nuovo testo fondamentale³². La *Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente* fissò, poi, i caratteri e le funzioni di tale organo collegiale, stabilendo le regole per la composizione dell'Assemblea, individuando i limiti temporali e sostanziali del mandato dei costituenti³³ e assicurando la pubblicità delle sedute e dei lavori. Anche nell'esperienza boliviana, la partecipazione popolare venne garantita già prima dell'inizio dei lavori della Assemblea costituente, attraverso l'istituzione di un organismo speciale, il *Consejo Nacional Pre Constituyente*³⁴, successivamente sostituito dalla *Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente y el Referéndum Autonómico*. Obiettivo principale della sua azione era la promozione di eventi assembleari locali³⁵ e il processamento delle proposte elaborate in queste sedi, al fine di elaborare report illustrativi, che sarebbero stati messi a disposizione delle commissioni costituenti. Anche durante l'avvio della fase assembleare dei lavori, la partecipazione popolare

³¹ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Recenti costituzioni partecipate* cit., 695.

³² L'articolo 232 introdotto con la *Ley n. 2.631 de febrero de 2004* rimetteva al legislatore l'adozione di una legge per la convocazione dell'Assemblea costituente, stabilendo quale *quorum* per la sua approvazione la maggioranza qualificata dei due terzi dei membri del Congresso nazionale; è in ragione di tale previsione che si spiega il carattere "especial" della *Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente (LECAC)* de 6 de marzo de 2006.

³³ L'Assemblea costituente avrebbe dovuto concludere i lavori per la redazione del testo costituzionale entro dodici mesi dalla prima sessione inaugurale. Nell'esercizio del suo mandato avrebbe potuto svolgere esclusivamente le attività finalizzate alla redazione della nuova Costituzione non potendo esercitare altri poteri costituzionali. Inoltre, l'Assemblea costituente avrebbe dovuto rispettare il risultato del referendum sulle autonomie territoriali che venne celebrato prima dell'inizio dei lavori sulla base della *Ley de convocatoria a un referéndum sobre autonomías departamentales de 6 de marzo de 2006* per consentire agli elettori di scegliere la propria organizzazione autonoma.

³⁴ Ley N. 3091 de julio de 2005.

³⁵ Nel report realizzato da M. G. MEZA-LOPEHANDÍA, *Elementos del proceso constituyente boliviano Funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 2006*, per Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Chile, maggio 2020, disponibile alla pagina web https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28697/2/BCN2020___Proceso_constituyente_boliviano.pdf a proposito del lavoro svolto dalla *Representación Presidencial* si riportano i seguenti dati: «elaboró y distribuyó material de difusión del trabajo de la AC y realizó mas de 600 eventos de información y deliberación a lo largo del país, un programa radial que habría tenido una audiencia de unas 3 millones de personas y la edición de 3 libros y 3 números del periódico *El Constituyente*».

venne garantita attraverso la previsione delle *Representaciones Departamentales*³⁶. Si trattava di strutture amministrative decentrate, dipendenti dalla stessa Assemblea costituente, che consentivano un dialogo diretto tra i costituenti eletti nei nove dipartimenti del Paese e la società civile. Il regolamento interno dell'Assemblea costituente consacrò la *iniciativa constituyente ciudadana*, corrispondente al diritto dei cittadini di presentare proposte, sia individualmente che collettivamente, alle commissioni costituenti competenti per materia, obbligate poi a trattarle³⁷. L'Assemblea costituente avrebbe dovuto, inoltre, dedicare almeno una giornata dell'agenda settimanale alle audizioni pubbliche. Il carattere partecipativo del processo costituente boliviano fu, dunque, almeno formalmente garantito anche durante il momento assembleare e il regolamento interno della Costituente risultò decisivo in tal senso. Tuttavia, la frammentazione politica e la molteplicità delle istanze rappresentate in seno alla stessa Assemblea costituente incisero in più occasioni durante il suo mandato. Basti col ricordare che l'approvazione del regolamento interno rimase paralizzata per mesi, a causa del mancato accordo sul *quorum* che avrebbe dovuto stabilirsi per l'approvazione delle disposizioni del progetto costituzionale. Inoltre, a fronte degli sforzi compiuti per mantenere attivi i canali di interazione pubblica, si sottostimò l'importanza di preparare adeguatamente i costituenti sulle tematiche più complesse. Ulteriori divisioni si registrarono durante la deliberazione sul progetto finale che venne presentato al Congresso. Tale debolezza intrinseca consentì alle forze politiche di maggioranza e all'opposizione parlamentare di intervenire in maniera incisiva sul progetto di Costituzione ricevuto, riformando numerose disposizioni. In definitiva, il testo costituzionale sottoposto, poi, all'approvazione referendaria popolare risultò profondamente diverso da quello elaborato dalla Costituente.

Le letture proposte riguardo all'impatto prodotto dai diversi meccanismi partecipativi attivati nel corso del processo costituente boliviano, lamentano una mancata sistematizzazione dei contenuti della partecipazione che avrebbe generato un "*desborde participativo*"³⁸. Secondo tale critica, nonostante il processo costituente boliviano abbia consentito un'alta inclusione delle diverse istanze sociali e siano stati adeguatamente rispettati gli standard della partecipazione, è mancata una pianificazione efficace della fase di trasmissione dei risultati all'Assemblea costituente. Un processo, dunque, partecipato ma non deliberativo.

³⁶ L'istituzione di tali strutture decentrate venne stabilita dal regolamento interno dell'Assemblea costituente boliviana (artt. 36, 39, 41).

³⁷ Artt. 77 e 78 del Regolamento interno dell'Assemblea costituente boliviana.

³⁸ Cfr. Y. WELP, F. SOTO, *Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales*, in *Revista Española de Ciencia Política*, n. 50/2019, pp. 13-41; nonché F. GAMBOA, *Las razones del fracaso: la Asamblea Constituyente en Bolivia como democracia bloqueada*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n. 143/2009, 24.

3.2. *L'esperienza ecuadoriana come monito per i futuri processi costituenti partecipativi*

Il processo costituente ecuadoriano presenta elementi di coincidenza con entrambe le esperienze precedentemente analizzate. Anche in Ecuador l'elemento di rottura con l'ordine costituito è rappresentato dalla crisi economico-sociale, ormai decennale, che affliggeva il Paese, in balia della forte instabilità politica. È in tale contesto che si afferma la figura di Rafael Correa, *leader* di un nuovo movimento politico, *Alianza País*, aggregatore di diverse istanze sociali e forze partitiche, rimaste sino a quel momento ai margini del sistema politico ecuadoriano³⁹. La figura di Correa, percepita come estranea a quella *élite* di governo contro cui si manifestava in piazza, venne rafforzata dalla scelta strategica di non presentare una lista di partito alle elezioni dei membri dell'Assemblea Nazionale e di concorrere esclusivamente per le elezioni presidenziali del 2006. L'adozione di una nuova Costituzione, alla base del programma politico del neo eletto Presidente divenne il primo obiettivo che Correa perseguì, attraverso l'indizione di un referendum che confermò la volontà degli elettori di procedere all'elezione di una Assemblea costituente per la redazione e approvazione di un nuovo costituzionale⁴⁰.

Gli avvenimenti politici brevemente richiamati sono necessari alla comprensione delle caratteristiche del processo di *constitution-making* ecuadoriano e del testo costituzionale che venne infine adottato. Conformemente al programma politico di Correa, denominato *Revolución Ciudadana*, la partecipazione popolare divenne il primo obiettivo attorno al quale fu disegnato il processo costituente, anche se il ruolo della stessa Assemblea costituente fu in tal senso determinante. Il regolamento assembleare⁴¹ istituì, infatti, due diversi organi per supportare l'inclusione popolare durante il mandato della Costituente: la *Unidad de Participación Social*, alla quale fu affidato il compito di raccogliere e processare le proposte e i commenti presentati dai consociati (attraverso mail, meeting itineranti e forum di discussione con le stesse commissioni costituenti)⁴² e la *Unidad de comunicación*

³⁹ Sulle fasi che portarono all'elezione di Correa cfr. A. ORTIZ LEMOS, *Sociedad civil y Revolución Ciudadana en Ecuador*, in *Revista mexicana de Sociología*, vol. 76, n. 4/2014, 588.

⁴⁰ Il referendum, che si svolse il 15 aprile 2007, venne contestato dal Congresso ma il *Tribunal Supremo Electoral* ecuadoriano confermò la sua validità e procedette a convocare le elezioni dell'Assemblea costituente. Sul punto si veda F. SOTO BARRIENTOS, *Asamblea constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile*, in *Estudios Constitucionales*, n. 1, 2014, 413.

⁴¹ *Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, de 2 de diciembre de 2007*, consultabile al link: <https://constitutionnet.org/sites/default/files/reglamento2.pdf>. Il capitolo X del regolamento era specificamente dedicato alla «Participación y comunicación social en la elaboración de la Constitución».

⁴² Maggiori dati sulla partecipazione possono consultarsi nell'*Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador*, pubblicato dal Centro Carter Quito, Ecuador, 2008. Come evidenziato dal report «desde finales de enero hasta junio, los asambleístas recibieron aproximadamente a 70.000 personas que llegaron a Montecristi a presentar sus propuestas o demandas específicas».

social, che avrebbe svolto attività informative e di comunicazione. Così come osservato a proposito del processo costituente colombiano, l'Assemblea ecuadoriana scelse di optare per l'apertura e la trasparenza dei lavori. Le riunioni delle commissioni e le sedute plenarie furono aperte alla partecipazione delle organizzazioni civili e dei cittadini interessati a prendervi parte, che avrebbero potuto presentare proposte e suggerimenti sui temi di loro interesse⁴³. La trasparenza dei lavori venne, invece, garantita consentendo ai mezzi di comunicazione di seguire e trasmettere le sessioni di lavoro, anche delle commissioni costituenti⁴⁴. Inoltre, dei risultati delle deliberazioni e del resto della documentazione ufficiale veniva data pubblicazione nella pagina *web* istituzionale dell'organo costituente, sia in lingua castigliana che in lingua *kichwa*⁴⁵. Riguardo all'effettiva influenza di tali strumenti partecipativi sui lavori della Assemblea costituente, la molteplicità degli strumenti adottati per rendere il processo quanto più inclusivo generò anche in tal caso un "participatory overflow"⁴⁶, come ammesso dalla stessa *Unidad de Participación Social*, che denunciò la mancata adozione da parte dell'Assemblea costituente di un preciso e chiaro metodo di processamento dei risultati della deliberazione⁴⁷.

Le fasi finali del processo costituente ecuadoriano hanno, inoltre, compromesso gli esiti del progetto partecipativo. Si registrarono, infatti, notevoli ritardi nella definizione del testo costituzionale, che rimase per diversi mesi bloccato nella parte dedicata ai principi costituzionali e la restante opera di *drafting* venne svolta nell'ultimo mese precedente alla scadenza del termine assegnato alla Assemblea per completare il mandato. Infatti, nonostante le oggettive difficoltà che l'Assemblea costituente aveva incontrato durante il proprio mandato, il Presidente Correa decise di non concedere una proroga dei lavori e si procedette ad approvare ben 387 articoli in sole tre settimane⁴⁸.

La pur breve analisi comparata delle esperienze richiamate consente di formulare alcune considerazioni. In primo luogo, in esse si osserva come la previsione e l'istituzione di appositi canali partecipativi abbia riguardato sia la fase precedente all'insediamento dell'Assemblea costituente che quella dello svolgimento del mandato. È indubbio che l'attivazione di tali strumenti sia dipesa dalla volontà politica di promuovere un processo partecipativo e in tal senso non mancano letture critiche che, come per l'esperienza ecuadoriana, denunciano una appropriazione delle istanze sociali nella fase costituente per legittimare un dise-

⁴³ Art. 61 *Reglamento de la Asamblea Constituyente*.

⁴⁴ Art. 62 *Reglamento de la Asamblea Constituyente*.

⁴⁵ Art. 62.2 *Reglamento de la Asamblea Constituyente*.

⁴⁶ Cfr. Y. WELP, F. SOTO, *Beyond Fashion and Smokescreens* cit., 27.

⁴⁷ Cfr. *Informe sobre la Asamblea Constituyente* cit., 45.

⁴⁸ Cfr. F. SOTO, Y. WELP, *Los «diálogos ciudadanos»* cit., 154.

gno governativo di controllo e manipolazione⁴⁹. In nessuno dei casi analizzati si rinvencono, tuttavia, le condizioni considerate necessarie per poter qualificare tali processi costituenti come effettivamente deliberativi. Infatti, come osservato in particolar modo per l'esperienza costituente boliviana e per quella ecuadoriana, l'iperproduzione di risultati eterogenei, non supportati da una adeguata fase informativa né da un idoneo metodo di sistematizzazione finale ha fortemente ridotto l'incisività della partecipazione popolare sull'esito del processo costituente. Si confermano, così, i rischi evidenziati dalla dottrina in merito al coinvolgimento non strutturato dei cittadini nei processi di *constitutional-making*. Rischi che attengono all'efficienza dei lavori dell'assemblea, maggiormente esposta alle passioni e agli interessi di parte⁵⁰ e ostacolata nel raggiungimento di un consenso interno sul testo da approvare⁵¹.

4. *Le costituzioni partecipate come manifesto del nuovo costituzionalismo andino*

Il secondo profilo di analisi che si può evidenziare in chiave comparata attiene ai contenuti delle costituzioni adottate e sembra condurre ad un risultato univoco. Seppur con i limiti evidenziati, nella Costituzione colombiana, boliviana ed ecuadoriana il carattere partecipativo del processo costituente si riflette sotto il duplice profilo della costituzionalizzazione sia di pratiche propriamente partecipativo-deliberative sia di quei valori e beni giuridici propri di specifici gruppi sociali ed indigeni coinvolti nel processo costituente⁵².

⁴⁹ Cfr. A. ORTIZ LEMOS, *Sociedad civil y Revolución* cit., 603 e ss.

⁵⁰ Cfr. J. ELSTER, *Forces and Mechanisms* cit., 388 e ss.

⁵¹ Come osservato da T. GINSBURG, Z. ELKINS, J. BLOUNT, *Does the Process of Constitution-Making Matter?*, in *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009, 218, «open processes of negotiation will tend to hinder tough choices and compromise. This suggests that participatory processes are less likely to produce a constitution, although arguably the documents that do emerge will be more legitimate».

⁵² La costituzionalizzazione delle pratiche partecipative, propria di numerosi testi sudamericani, nel panorama europeo incontra nella Costituzione portoghese «il sistema di partecipazione popolare più completo e integrato» come rilevato in S. BAGNI, L. PEGORARO, «Diritto» a una buona amministrazione e principio di partecipazione, in *Confluenze. Rivista di Studi Iberoamericani*, 2/2014, 9. In tale testo costituzionale la partecipazione è al contempo principio fondamentale dell'ordinamento (art. 2), diritto soggettivo dei cittadini «de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país» (art. 21) e dovere della pubblica amministrazione (art. 267). In senso più lato, come ulteriori esempi di riconoscimento costituzionale della partecipazione come principio può richiamarsi la Costituzione spagnola che sancisce il diritto fondamentale dei cittadini «a participar en los asuntos públicos» (art. 3); cfr. G. ARENA, *Valore e condizioni della democrazia partecipativa*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze* cit., 87. Infine, e limitatamente alla tutela dell'ambiente, la Costituzione francese, avendo incorporato la *Charte de l'environnement* (LOI constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement) ha di fatto riconosciuto uno status costituzionale al diritto di partecipazione di «toute personne» (art. 7) alle decisioni pubbliche inerenti a tale materia. È tuttavia opportuno distinguere la partecipazione come principio ispiratore della pubblica amministrazione

Entrambi i profili si rinvergono nella Costituzione colombiana che, tuttavia, essendo il testo più risalente tra quelli esaminati, non manifesta quel grado di originalità e complessità della Costituzione boliviana e di quella ecuadoriana, fortemente connotate dai valori espressi dal *nuevo constitucionalismo andino*. Il carattere partecipativo e pluralista dello Stato, consacrato dall'articolo 1 della Costituzione colombiana viene confermato da numerose previsioni. Accanto ai classici strumenti di democrazia diretta, come i referendum, si prevedono, infatti, meccanismi di partecipazione popolare come i *cabildos* e la revoca del mandato per i sindaci e i governatori⁵³. L'inclusione delle comunità indigene nella vita politica è garantita dalla previsione di circoscrizioni elettorali speciali per l'elezione di rappresentanti al Senato⁵⁴, dal riconoscimento delle autorità indigene per l'esercizio di funzioni giurisdizionali «dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República»⁵⁵, dall'equiparazione della co-ufficialità degli idiomi indigeni al castigliano⁵⁶.

Gli elementi rinvenuti nel testo costituzionale colombiano, si ritrovano sviluppati e integrati nella Costituzione boliviana. Nell'articolo 1 della Costituzione, la Bolivia è definita come *Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*⁵⁷, composto dalla “totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”⁵⁸. La disposizione richiamata deve leggersi in combinato disposto con l'articolo 11 della Costituzione, che utilizza una triplice qualificazione per delineare i caratteri della repubblica boliviana, configurata come «participativa, representativa y comunitaria», e che ne articola in maniera specifica ogni aspetto. Come si legge al secondo comma del medesimo articolo, la democrazia sarà, infatti, esercitata: in via diretta e partecipativa attraverso «il referendum, la iniziativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa»⁵⁹; con sistema rappresentativo, attraverso l'esercizio del diritto di voto; infine, l'ambito della democrazia comunitaria riguarderà la scelta delle autorità e dei rappresentanti delle comunità

o più in generale dei pubblici poteri e partecipazione nella sua accezione più ristretta di pratica partecipativa. In base a tale distinzione solamente il testo portoghese potrebbe compararsi con le Costituzioni sudamericane analizzate.

⁵³ Art. 103 della Costituzione colombiana.

⁵⁴ Art. 171 della Costituzione colombiana.

⁵⁵ Art. 246 della Costituzione colombiana.

⁵⁶ Art. 10 della Costituzione colombiana.

⁵⁷ Sulla valenza di tale definizione, volutamente articolata senza segni ortografici, si veda L. TAPIA, *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*, in *OSAL*, n. 22/2007, 47-63.

⁵⁸ Art. 3 della Costituzione boliviana.

⁵⁹ Degli ultimi due strumenti elencati, viene sottolineato il carattere deliberativo e si rinvia alla legge per la loro proceduralizzazione.

indigene secondo le regole proprie di tali sistemi autoctoni. Per ciò che concerne, invece, il secondo profilo di incidenza dei processi costituenti partecipati, ossia la recezione dei valori e dei principi propri delle comunità che sono state coinvolte nel processo costituente, la Costituzione boliviana abbraccia una visione pluriculturale dell'ordinamento, nella quale trovano riconoscimento il *suma qamaña*⁶⁰ e gli altri principi etico-morali indigeni⁶¹. Alla stessa finalità risponde l'equiparazione al castigliano dei numerosi idiomi nativi come lingue co-ufficiali⁶². Inoltre, la visione inclusiva dello Stato viene dotata di effettività anche attraverso la previsione di molteplici strumenti, tra cui: il riconoscimento di una giurisdizione indigena, parallela a quella ordinaria; l'attenzione risposta verso la composizione *plurinazionale* del Tribunale costituzionale⁶³; la determinazione di quote riservate alle comunità indigene nella ripartizione dei seggi parlamentari alla Camera dei Deputati⁶⁴.

Similmente, la Costituzione ecuadoriana manifesta numerose tracce del grado di partecipazione garantito durante il processo costituente. Sin dal preambolo si fissano i valori fondanti dell'ordinamento costituzionale, tra cui l'inclusività, il *buen vivir* e la solidarietà con «tutti i popoli della terra». Valori che vengono ripresi e articolati in seno al testo costituzionale. In tal senso, l'articolo 1 definisce l'Ecuador come uno Stato interculturale e plurinazionale, riconoscendo, al pari della Costituzione boliviana, una composizione complessa della Nazione, articolata in distinte comunità⁶⁵, portatrici di proprie tradizioni. Si riviene così il riferimento al *sumak kawsay* e la consacrazione della *Pacha Mama* come soggetto di diritto⁶⁶. A tal proposito è stato osservato come la costituzionalizzazione di diritti propri della Madre Terra comporti un cambio di prospettiva radicale

⁶⁰ Sulla difficoltà di individuare un contenuto sufficiente determinato del concetto di *suma qamaña*, tale da poter rintracciare la sua portata giuridica si veda S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione cit.*, 77.

⁶¹ Emblematico a tal fine è il dato letterale dell'articolo 8 della Costituzione boliviana che sancisce: «*El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)*». Al secondo comma della medesima disposizione vengono individuati principi comuni al costituzionalismo classico, come l'uguaglianza, la libertà, la solidarietà. La sistematica interna di tale disposizione non può certo considerarsi casuale.

⁶² Art. 5 Costituzione boliviana.

⁶³ Art. 197 Costituzione boliviana.

⁶⁴ Art. 146, VII Costituzione boliviana.

⁶⁵ Cfr. fr. D. BONILLA MALDONADO, *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia*, in *Revista Derecho del Estado*, n. 42/2019, 10, che osserva il cambiamento dell'idea di Nazione: «*de un sujeto homogéneo que dialoga consigo mismo para comprender su cultura y permitir la acción colectiva, se da el paso hacia un conjunto de sujetos culturalmente diversos que deben dialogar entre sí para acordar las formas de acción colectiva*».

⁶⁶ Alla Madre Terra è dedicato il Capitolo VII della Costituzione ecuadoriana.

rispetto alla visione tradizionale ed eurocentrica della natura come bene giuridico⁶⁷, espressione di quei profili identitari del costituzionalismo andino a cui si è fatto riferimento. La partecipazione come pratica di coinvolgimento dei cittadini è inoltre sancita per numerosi settori dell'ordinamento giuridico, conformemente allo *status* di diritto soggettivo che la Costituzione ecuadoriana le conferisce attraverso due previsioni distinte. Nell'ambito delle disposizioni dedicate al *buen vivir* (Capitolo II) si sancisce, infatti, che «le persone hanno diritto all'accesso e alla partecipazione nello spazio pubblico come ambito decisionale, di scambio culturale, di coesione sociale e di promozione dell'uguaglianza nella diversità». La partecipazione diventa, quindi, un canale di espressione della propria identità, culturale ed etnica, funzionale alla garanzia di una profonda coesione sociale. A riprova di ciò, la titolarità del diritto di partecipazione è ulteriormente ribadita con riferimento ad alcuni specifici gruppi di persone che il testo costituzionale considera meritevoli di “assistenza prioritaria” (Capitolo III), come gli anziani (art. 38), i giovani (art. 39) e le persone con disabilità (art. 47). Le precedenti disposizioni richiamate contribuiscono a dare «prova di un profondo realismo nel voler rendere la Costituzione, anche sotto quest'aspetto, vita effettiva del popolo»⁶⁸.

La seconda disposizione cardine in merito alla consacrazione della partecipazione come diritto costituzionalmente garantito si rinviene, invece, nel Titolo IV, dedicato alla «organizzazione del potere». Si tratta dell'articolo 95 della Costituzione ecuadoriana in base al quale la partecipazione della cittadinanza come diritto «sarà informata ai principi di uguaglianza, autonomia, deliberazione pubblica, rispetto della diversità, controllo popolare, solidarietà e interculturalità». La declinazione pratica di queste previsioni avviene con la costituzionalizzazione di diversi strumenti a carattere anche deliberativo, quali i bilanci partecipativi e le assemblee cittadine, i *cabildos* e la pratica nota come “*silla vacía*”⁶⁹, strumenti propri della tradizione partecipativa di tale area geografica.

In conclusione, i limiti procedurali segnalati a proposito di un eccesso di partecipazione non sembrano aver ostacolato l'elaborazione di testi in cui si delinea un preciso modello di democrazia partecipativa, integrato da strumenti a carattere deliberativo. Inoltre, la partecipazione nel processo costituente di comunità indigene con una forte identità culturale si riflette, come evidenziato,

⁶⁷ Cfr. S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione* cit., p. 86, nonché L. PELLIZZONI, *Natura, buen vivir e razionalità neoliberale*, in *Le sfide della sostenibilità* cit., p. 187. Si veda anche S. BALDIN, *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'etica ambiental exigente in America Latina*, in *Le sfide della sostenibilità* cit., p. 162.

⁶⁸ U. ALLEGRETTI, *Recenti costituzioni partecipate* cit., 702.

⁶⁹ La denominazione di tale strumento si deve al suo funzionamento che consiste nel consentire a un rappresentante cittadino di prendere parte alle sedute e alle decisioni degli organi di governo locali.

nella previsione di elementi extragiuridici che vanno ad integrare il modello costituzionale di Stato sociale, elaborato sulla base di esperienze propriamente eurocentriche⁷⁰.

Queste caratteristiche soddisfano quel valore di coerenza tra processo costituente e contenuto costituzionale proprio del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano, secondo cui «*el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática*»⁷¹. Sembrano, dunque, confermate quelle ipotesi elaborate da una parte della dottrina in materia di *constitution-making*, secondo cui le costituzioni adottate con un procedimento partecipativo tendono ad essere più democratiche⁷². Questa conclusione non deve però confondersi con un differente aspetto: la circostanza che i testi analizzati siano effettivamente più inclusivi e contemplino un catalogo dei diritti, espressione dell'identità culturale di gruppi precedentemente esclusi dalla storia costituzionale di questi Paesi, non equivale a riconoscere a tali testi la capacità di produrre un effetto *democratizzatore* per il futuro⁷³.

5. *L'avvio del processo costituente in Cile tra aspettative e realtà*

La storia costituzionale del Cile appare lunga e accidentata ma soprattutto caratterizzata dal basso grado di legittimazione democratica dei testi costituzionali che si sono succeduti nel tempo. Al contrario, il processo costituente avviato con la modifica realizzata dalla legge costituzionale n. 21.200, del 23 dicembre 2019, manifesta sin dai primissimi momenti un accentuato carattere democratico e partecipativo. Deve, tuttavia, segnalarsi che la via seguita per dare avvio al processo costituente ha sollevato non poche perplessità sul legame che di fatto rimarrebbe tra la futura Costituzione e il testo costituzionale attualmente vigente. La scelta di modificare la Costituzione del 1980 non garantirebbe, infatti, quella rottura⁷⁴ con l'ordine precostituito, delineato da una Costituzione che continua a

⁷⁰ S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione* cit., p. 81; della stessa Autrice si veda anche *Dal Welfare State al Caring State?*, in *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, a cura di S. BAGNI, Bologna, 2013, 19 e ss.

⁷¹ Cfr. R. VICIANO PASTOR, R. MARTINEZ DALMAU, *Aspectos generales del nuevo* cit., p. 9.

⁷² J. ELSTER, *Ways of constitution-making. Democracy's Victory and Crisis*, Cambridge, 1997, 123-142.

⁷³ A. M. BEJARANO, R. SEGURA, *Asambleas constituyentes y democracia: una lectura crítica del nuevo constitucionalismo en la región andina*, in *Colombia Internacional*, n. 79, 2013 (Ejemplar dedicado a: Constituciones andinas en debate(s)), 45.

⁷⁴ A proposito del procedimento seguito per sostituire la Costituzione del 1980 e dei sui riflessi sulla classificazione del potere costituente come derivato, in S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, in *DPCE Online, Osservatorio sul processo costituente cileno*, 28 gennaio 2021, 10, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/index>,

possedere «quel peccato originale che risiede nel suo DNA (l'essere, cioè, stata concepita per volontà di un sistema autocratico, repressivo, nato per mano della violenza)»⁷⁵. Secondo altre letture, l'approvazione della riforma costituzionale ha, invece, dato avvio ad una fase definita “de-stituente”⁷⁶, che intende, cioè, «muoversi non attraverso la rottura della legalità costituzionale dal punto di vista formale, ma che mira a procedere *de la ley a la ley a través de la ley*»⁷⁷. Il legame con la Costituzione attualmente vigente appare, dunque, se non dissolto, quanto meno indebolito dalla natura partecipativa del processo costituente avviato. La riforma costituzionale realizzata a tal fine ha, infatti, delineato una procedura segnata da strumenti in grado di assicurare una forte partecipazione popolare, quali: la celebrazione di un plebiscito iniziale; la conseguente determinazione da parte degli elettori della natura della *Convención constituyente*, organo eletto a suffragio universale; la scelta di un sistema elettorale che garantisca una composizione paritaria e una adeguata rappresentazione delle comunità indigene in seno all'assemblea incaricata di redigere il nuovo testo; infine, il momento ratificatorio a mezzo del referendum obbligatorio finale.

Il plebiscito nazionale previsto dall'articolo 130 della Costituzione cilena, così come riformata⁷⁸, celebratosi il 25 ottobre del 2020, ha rimesso nelle mani degli elettori cileni una duplice scelta: i quesiti referendari, anch'essi specifica-

si contesta l'applicabilità ai processi costituenti realizzati a partire dalla fine del XX secolo della tradizionale dicotomia tra potere costituente originario e derivato, proponendo l'introduzione di una terza classe di processi di “sostituzione costituzionale istituzionalizzata” nei quali è l'organo rappresentativo che attraverso la riforma costituzionale del testo vigente avvia il processo per l'adozione di una nuova Costituzione.

⁷⁵ Cfr. A. MASTROMARINO, *Quando la Costituzione si fa memoria. Perché le piazze cilene chiedono una nuova Costituzione?*, in DPCE Online, Osservatorio sul processo costituente cileno, del 27 novembre 2020, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/index>. Sulla valenza della Costituzione attualmente in vigore l'Autrice sottolinea che «in quanto espressione di un processo costituente aperto e concluso da Augusto Pinochet, la Costituzione del 1980 non ha potuto che farsi eredità vivente del suo regime. È così che è stata percepita, da sempre. Oggetto esemplare di memoria. Monumento al passato». Nella dottrina cilena è stata elaborata la teoria della “*Constitución Gatopardo*” che prende spunto dalla nota opera di Giuseppe Tomasi di Lampedusa per indicare la capacità della Costituzione del 1980 di resistere alle numerose riforme, mantenendo il suo carattere originario. Si veda P. RUIZ-TAGLE, R. CRISTI, *La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano*, Santiago, 2006, p. 198 e ss. Per un approfondimento delle posizioni dottrinali maggioritarie sul tema si veda T. BUSCH VENTHUR, *El Concepto de Constitución y la Incomodidad Constitucional en Chile*, in *Global Jurist*, vol. 12/2012, 1-38.

⁷⁶ M. OLIVETTI, *Prime considerazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, in Consulta On-Line, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 19 febbraio 2020, consultabile alla pagina <https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/INDICEliber.html> (ultima consultazione 29.06.2021).

⁷⁷ *Ivi*, 14.

⁷⁸ Cfr. art. 130 Cost. introdotto dalla *Ley 21.200, art. único n. 3 D.O. 24.12.2019*, e successivamente riformato a causa delle misure necessarie a fronteggiare la pandemia sanitaria dalla *Ley 21.221, art. único n° 1 a) D.O. 26.03.2020* che ha modificato la data di celebrazione del plebiscito nazionale (segue nota 78).

mente individuati dalla previsione costituzionale richiamata, hanno riguardato, infatti, la possibilità di *aprobar o rechazar* la proposta di adottare una nuova Costituzione, insieme alla scelta in merito alla composizione dell'organo incaricato di redigerla. L'elettore ha potuto scegliere tra una *Convención Mixta Constitucional*, formata in parti uguali da parlamentari e membri eletti a suffragio universale, ovvero, una *Convención Constitucional*, eletta *ad hoc*. I risultati del referendum hanno registrato un'alta percentuale di affluenza alle urne per gli standard del Paese⁷⁹, confermando la volontà già emersa durante le contestazioni popolari del 2019 di affidare ad un organo collegiale interamente eletto per l'occasione la redazione della nuova Costituzione.

Le elezioni dei Costituenti, inizialmente fissate per l'11 e il 12 aprile 2021, sono state posticipate al mese di maggio⁸⁰ a causa dell'acuirsi dell'emergenza sanitaria in corso. Il cronogramma costituente aveva già subito delle modifiche, giustificate dalla grave crisi pandemica, che avevano comportato il rinvio del referendum nazionale, previsto per il 26 aprile 2020, al 25 ottobre⁸¹. Di conseguenza, anche le successive tappe del processo costituente, tra cui, per l'appunto, l'elezione dei membri dell'Assemblea costituente, sono state differite.

I 155 membri dell'Assemblea costituente sono stati scelti attraverso un sistema elettorale⁸² che ha assicurato il doppio risultato della parità di genere e della partecipazione, anch'essa paritaria, delle comunità indigene⁸³. La natura paritaria della *Convención constituyente* costituisce un esperimento unico nel panorama comparato così come la previsione di una quota indigena, riservata per le popolazioni autoctone, è un primato per la storia costituzionale del Cile⁸⁴.

⁷⁹ Sul fenomeno della crescente disaffezione dell'elettorato nei confronti del sistema politico cileno e sulle cause della scarsa partecipazione elettorale si veda C. HEISS, *Participación política y elaboración Constitucional: el caso de Chile*, in *Derecho y Crítica Social*, n. 4, 2018, pp. 115-138. L'Autrice sottolinea come «Desde 2011, Chile enfrenta la paradoja de una drástica caída en la participación política institucional acompañada de alta movilización social», circostanza che spiega le vicende che hanno dato avvio al processo costituente in corso. Ivi, 126.

⁸⁰ Le elezioni si sono svolte in due giornate consecutive, e specificamente il 15 e il 16 maggio 2021.

⁸¹ Sul punto si veda V. PIERGIGLI, *Dagli "stati di eccezione"* cit., 6 e ss.

⁸² Sul sistema elettorale scelto per la distribuzione dei seggi dell'Assemblea costituente si veda A. GUEVARA CASTRO, *Sistema para designar los escaños a partir del voto popular en la integración de la Convención Constitucional chilena*, in DPCE Online, Osservatorio sul processo costituente cileno, del 19 aprile 2021, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/index>.

⁸³ La quota indigena è stata introdotta dalla *Ley de escaños reservados para pueblos originarios* (Ley N° 21.298 del 28 dicembre 2020). La *Convención constituyente* sarà dunque composta da 69 donne e 69 uomini, nonché da 17 rappresentanti delle popolazioni indigene. Per quest'ultima componente non si è scelto un criterio paritetico ma proporzionale alla consistenza demografica di ciascuna comunità. Si vedano a tal proposito i dati inerenti alla distribuzione dei seggi disponibili al seguente link: <https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/cronograma-infografia/> (ultima consultazione: 29.06.2021).

⁸⁴ Sul punto, E. BUONO, *Chile, la alegría ya viene?: la Ley de escaños reservados para pueblos originarios*

I risultati delle elezioni hanno registrato il successo delle liste indipendenti, formate da candidati non affiliati ad alcuna forza politica, mentre un sostanziale equilibrio è stato raggiunto tra i seggi ottenuti dai partiti politici rappresentati in Assemblea⁸⁵. Si attende, dunque, l'avvio dei lavori della Costituente che, in base al disposto dell'articolo 133 della Costituzione cilena, così per come riformata, è stata convocata con decreto del Presidente della Repubblica⁸⁶ il 4 luglio 2021, giorno nel quale sarà celebrata la prima sessione inaugurale.

5.1. *Previsioni sul futuro del processo costituente in Cile alla luce delle esperienze passate*

Le possibili previsioni sulle future fasi del processo costituente cileno non possono che tenere in conto l'esperienza già maturata in occasione del *Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía* avviato durante il secondo mandato della Presidentessa Bachelet. L'obiettivo di realizzare un *reemplazo constitucional* era stato, infatti, al centro della campagna politica per le elezioni presidenziali svoltesi alla fine del 2013.

Il processo ebbe inizio con l'organizzazione di una vasta campagna di educazione civica, basata sull'elaborazione e la divulgazione di diversi strumenti informativi, tra cui "*El Constitucionario*", documento che forniva definizioni di base sui concetti fondamentali del diritto costituzionale cileno⁸⁷. Il momento divulgativo era strumentale allo svolgimento della fase di "*convergencia deliberativa*"⁸⁸, organizzata su base territoriale locale, che prevedeva l'attivazione di due canali di interazione: un canale virtuale, che offriva la possibilità di presentare proposte a titolo individuale e di esprimere preferenze con la compilazione di un formulario, articolato in domande a risposta multipla⁸⁹; il secondo meccanismo

e la composizione "plurinazionale" della Convenzione costituente cilena, in *DPCE Online*, 1/2021, 868, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/index>, specifica che l'unico riferimento si rinviene nella Costituzione del 1822 ma per la breve vigenza del testo costituzionale in questione (appena un anno) si tratta di un antecedente che non merita di essere computato.

⁸⁵ Per un'analisi dei risultati delle elezioni per l'Assemblea costituente cfr. M. ONATE SALAS, M. SANHUEZA GONZÁLEZ, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, in *DPCE Online* (Osservatorio sul processo costituente cileno), del 26 maggio 2021, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/index>.

⁸⁶ Decreto n. 1.684, 20 giugno 2021, consultabile alla pagina <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1161821>.

⁸⁷ Il "*Constitucionario*" può consultarsi al seguente link <http://www.constitucionario.cl/>.

⁸⁸ Cfr. <https://unaconstitucionparachile.cl/>.

⁸⁹ Più specificamente il formulario si articolava in quattro domande a risposta multipla su macro-tematiche costituzionali: valori e principi; diritti; doveri; organizzazione istituzionale e territoriale del Paese. Diverse similitudini possono rintracciarsi con i sondaggi deliberativi di matrice statunitense giacché, in virtù della fase informativa a cui si è fatto brevemente cenno, la compilazione di tali formulari registrava le opinioni degli utenti, non *sic et simpliciter*, ma alla luce di quanto appreso. Cfr. J. S. FISHKIN, *La nostra voce: Opinione pubblica & democrazia, una proposta*, Venezia, 2003, 135 e ss.

partecipativo era di natura collettiva e si basava sulla pratica, già consolidata a livello municipale, degli “*encuentros locales autoconvocados*”⁹⁰. Le regole per lo svolgimento di questi incontri autogestiti erano conformi agli obiettivi dei più diffusi strumenti deliberativi: si stabiliva un numero massimo di trenta partecipanti; gli incontri venivano diretti e la discussione era mediata da un moderatore; le tematiche del dibattito erano previamente individuate al fine di circoscrivere il confronto tra i partecipanti⁹¹. Infine, i risultati di tali incontri erano elaborati in un *report* finale. La fase partecipativa proseguì successivamente a livello provinciale e regionale, con lo svolgimento dei *cabildos* organizzati dalle rispettive autorità territoriali. Agli strumenti di partecipazione popolare si affiancarono inoltre un *consejo de observadores*, voluto dalla presidentessa Bachelet⁹² per vigilare sulla trasparenza e sulla regolarità del processo partecipativo, e un *Comité de sistematizadores*, incaricato di rielaborare i contenuti prodotti dai canali deliberativi menzionati⁹³. Nel marzo del 2018, poco prima della fine del mandato presidenziale, i risultati di questo percorso confluirono in un progetto di revisione costituzionale, dal titolo *Bases Ciudadanas para una nueva Constitución* che venne presentato al Congresso affinché fosse discusso in vista dell’approvazione di una legge di riforma costituzionale. A causa di una molteplicità di fattori, principalmente di natura politica⁹⁴, il progetto di revisione costituzionale venne, però, definitivamente abbandonato.

Ciò nonostante, è evidente l’influenza esercitata da questa esperienza sull’attuale processo costituente cileno che sembra aver saputo correggere alcune distorsioni, potenziando gli elementi più proficui in termini di partecipazione. Fondamentale è stata, ad esempio, la scelta di conferire all’attuale processo una base giuridica, elemento che era mancato nel progetto della Bachelet, carente di un fondamento costituzionale. Inoltre, nel processo costituente attualmente in corso, il carattere partecipativo dello stesso non è il risultato di un intervento innestato dall’alto o l’obiettivo programmatico di una forza politica, ma si è affermato come fattore genetico, è cioè espressione di quell’*estallido social* dal quale ha preso avvio. Con una evidente inversione di direzione, per effetto delle proteste svoltesi nella capitale, poi diffuse in tutto il Paese, e dei risultati emersi durante i *cabildos* locali si è avviato a livello istituzionale⁹⁵ il progetto di una nuova Costituzione per il Cile.

⁹⁰ Il Cile registrò un’altissima e omogenea partecipazione e come riportato da F. SOTO, Y. WELP, *Los «diálogos ciudadanos»* cit., p.171, in ben 328 municipi del Paese, su di un totale di 345, si svolsero *encuentros autoconvocados*.

⁹¹ L’incontro veniva dettagliatamente regolato dalla procedura descritta nella guida ufficiale, consultabile alla pagina web https://unaconstitucionparachile.cl/files/guia_encuentros_locales.pdf.

⁹² Decreto n. 36 del 2 de diciembre de 2015.

⁹³ Nonostante l’arduo compito affidato al *Consejo de sistematizadores*, quest’organo collegiale era composto da soli tre membri che risultarono insufficienti rispetto alla quantità di proposte e contenuti generati dalla deliberazione; cfr. F. SOTO, Y. WELP, *Los «diálogos ciudadanos»* cit., 182.

⁹⁴ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime considerazioni sul cit.*, 11.

⁹⁵ L’effettiva trasposizione delle istanze popolari al piano istituzionale è stata agevolata dal

Infine, dalla celebrazione del referendum iniziale sono state realizzate numerose iniziative informative e di divulgazione da parte di organizzazioni civili e reti inter-universitarie⁹⁶, sempre in una direzione *bottom-up*. Dovrà adesso attendersi l'adozione del regolamento dell'Assemblea costituente per verificare se e quali strumenti verranno adottati per continuare a consentire ai cileni e alle cilene di interagire con i lavori per l'approvazione di una nuova Costituzione. Alcune previsioni possono avanzarsi riguardo all'alta probabilità che venga assicurata un'adeguata trasparenza dei lavori, attraverso la trasmissione in *streaming* delle sedute della assemblea sia *on line*⁹⁷, ma anche attraverso i canali televisivi. Inoltre, sul grado di apertura dei lavori alla partecipazione popolare durante la fase di *drafting* e *deliberation*, il Cile potrebbe fare tesoro delle esperienze costituenti più recenti che, come emerso dalla sintetica comparazione svolta, hanno sofferto di un eccesso di partecipazione. Il rischio di una polarizzazione delle posizioni in seno alla Costituente⁹⁸ potrebbe essere ridotto seguendo il "modello clessidra" proposto da Elster⁹⁹, secondo cui il giusto equilibrio tra segretezza dei lavori e apertura alla partecipazione dovrebbe prevedere un ampio coinvolgimento popolare nella fase iniziale e finale del processo costituente, restringendo tale canale durante i lavori dell'Assemblea costituente. L'immagine è stata ripresa proprio per descrivere il processo cileno: nella prima fase, dall'*estallido social* al plebiscito del 25 ottobre 2020, la partecipazione popolare è stata assicurata da strumenti di natura distinta, come i *cabildos* comunali, gli incontri informativi organizzati dalla società civile e dalla comunità accademica; nella fase rimessa all'Assemblea costituente il canale partecipativo si restringerà, e la sua ampiezza dipenderà dalle regole che tale organo deciderà di adottare per i propri lavori; infine, nella tappa conclusiva del processo si assisterà nuovamente ad un'espansione dell'interazione tra società civile attraverso la celebrazione del referendum obbligatorio finale¹⁰⁰.

raggiungimento di un accordo tra le principali forze politiche del Paese, che il 14 novembre 2019 hanno siglato l'*Acuerdo por la paz social y la Nueva constitución*, con il quale sono state definite le principali fasi procedurali del processo costituente e si è rimesso ad un organo straordinario, la *Convención constitucional*, il compito di elaborare una nuova Costituzione. Il testo dell'accordo politico è reperibile alla pagina web: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf.

⁹⁶ Tra queste, *Observatorio Nueva Constitución* collabora con diverse università europee, con l'obiettivo di «verificar y examinar, durante el proceso constituyente, el cumplimiento de ciertos estándares internacionales y las reglas constitucionales vigentes que regirán a la Convención Constitucional»; cfr. <https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/observatorio-2/>.

⁹⁷ Potrebbe, ad esempio, ricorrersi all'uso della pagina web ufficiale del Congresso per trasmettere le sedute della Costituente.

⁹⁸ Cfr. D. STASAVAGE, *Polarization and Publicity: Rethinking the Benefits of Deliberative Democracy*, in *Journal of Politics*, n. 69, 2007, 59-72.

⁹⁹ Cfr. J. ELSTER, *Legislatures as constituent assemblies*, in *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, a cura di R.W. BAUMAN, T. KAHANA, Cambridge, 2006, 197.

¹⁰⁰ Cfr. S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordenadas esenciales* cit., 2.

All'Assemblea costituente cilena spetterà determinare *ex novo* ogni aspetto giuridico del futuro assetto costituzionale del Paese. Sussistono, tuttavia, dei limiti funzionali e di contenuto per la *Convención* cilena, introdotti contestualmente alla riforma costituzionale che ha fissato le fasi del processo costituente. Al fine di scongiurare il rischio di possibili derive accentratrici da parte dello stesso collegio costituente, l'articolo 135 della Costituzione sancisce che la Convenzione «no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes», concludendo con la previsione secondo cui «mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla». Ulteriori limiti, relativi al contenuto del futuro testo costituzionale, sono stati determinati sempre in fase di riforma: si tratta della forma repubblicana e democratica, del mantenimento degli accordi internazionali vigenti e dell'efficacia delle sentenze passate in giudicato¹⁰¹.

Anche il *quorum* richiesto per l'adozione delle singole disposizioni e del testo costituzionale finale è stato definito in sede di riforma costituzionale e consiste nella maggioranza qualificata dei due terzi dei membri della Assemblea costituente. La determinazione di uno standard deliberativo così qualificato manifesterebbe la volontà di adottare un testo condiviso e partecipato, anziché «una Costituzione di rottura, approvata da una semplice maggioranza della Convenzione costituzionale»¹⁰². Gli elementi procedurali richiamati contribuiscono a delineare il contesto nel quale opererà l'Assemblea costituente cilena che sarà ulteriormente definito dal regolamento che questa deciderà di adottare.

La breve analisi comparata svolta consente di individuare, quale fattore determinante dell'esito dei processi costituenti partecipativi l'equilibrio che l'Assemblea costituente riuscirà a costruire tra la propria natura collegiale e rappresentativa e gli standard partecipativi cui aspirano tali processi.

¹⁰¹ Sulla criticità della previsione di limiti di contenuto per l'Assemblea costituente cilena da parte della stessa Costituzione, cfr. E. AURELI, *Verso un momento costituente in Cile?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 203. Una posizione diversa è espressa da S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordenadas esenciales* cit., 8. Secondo tale lettura, la previsione di cui all'articolo 135 della Costituzione «más que un freno se debería configurar como un piso mínimo (a partir del cual construir el nuevo pacto social) que reconoce tres elementos civilizatorios básicos de la tradición constitucional occidental: la república democrática como régimen de gobierno indispensable, el derecho internacional como un vasto acervo de derechos y garantías para las personas, y la certeza jurídica como uno de los fines del Derecho». Per un esame comparato dei poteri delle recenti Assemblee costituenti sudamericane si veda F. SOTO BARRIENTOS, *Asamblea constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile*, in *Estudios Constitucionales*, n. 1, 2014, 405, che sottolinea come in mancanza di espliciti limiti alla sua azione, questa esercitò di fatto poteri propri degli organi costituzionali «convirtiéndose en una asamblea omnipotente». Per una sistematizzazione delle esperienze sudamericane si veda anche R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, México, 1998.

¹⁰² Cfr. M. OLIVETTI, *Prime considerazioni sul cit.*, 18.

6. *Alcune considerazioni conclusive*

Le riflessioni svolte nei precedenti paragrafi hanno cercato di mettere in luce i distinti profili della partecipazione nell'ambito dei processi costituenti portati a termine tra la fine del XX secolo e la prima decade del XXI secolo nella specifica area geografica andina. Le esperienze analizzate presentano diversi profili di coincidenza. Comune è la genesi, legata alla crisi dei sistemi rappresentativi e alla protesta sociale, espressione di quella “*necesidad constituyente*”¹⁰³, che distingue questi processi dalle precedenti esperienze costituenti sudamericane¹⁰⁴. Il dato genetico spiega la forte aspirazione partecipativa dei processi analizzati che, sotto la guida di leader politici forti, vengono strutturati in modo da “amplificare” il momento partecipativo.

Tanto nel processo boliviano come in quello ecuadoriano è stata, tuttavia, rilevata una iperproduzione di risultati eterogenei, causata dalla mancanza di un adeguato metodo di sistematizzazione dei risultati e dalla molteplicità dei canali partecipativi attivati. È, dunque, opportuno domandarsi se tale risultato sia imputabile ad elementi congiunturali specifici dei sistemi politico-sociali osservati o se gli strumenti partecipativo- deliberativi siano difficilmente innestabili nell'ambito dei processi costituenti. Le esperienze empiriche su cui si è costruita la principale produzione dottrinale in materia attengono, infatti, a meccanismi elaborati e attuati nell'ambito di contesti circoscritti (si pensi alle assemblee cittadine, ai bilanci partecipati, ma anche al dibattito pubblico), nei quali le posizioni e gli interessi coinvolti sono, sì, diversi ma non raggiungono quel grado di complessità intrinseca che è propria della partecipazione al momento costituente. Tuttavia, al fine fornire una risposta al quesito esposto in precedenza, sembra offrire un valido punto di vista la lettura che assimila i processi di *constitution-making* alla realizzazione di un edificio pubblico¹⁰⁵. Così come per progettare un'opera pubblica è opportuno consultare e coinvolgere gli utenti che usufruiranno della struttura, indagando sulle loro preferenze e necessità, anche per i processi costituenti è necessario compiere le stesse operazioni, che presenteranno però un livello di complessità maggiore.

La rottura con i precedenti testi costituzionali, realizzata dal punto di vista procedurale da un nuovo modello di *constitution-making*, si riflette anche nelle

¹⁰³ Cfr. R. VICIANO PASTOR, R. MARTINEZ DALMAU, *Aspectos generales del nuevo* cit., p. 25.

¹⁰⁴ Cfr. R. MARTÍNEZ DALMÁU, *El constitucionalismo sin padres y el proyecto de Constitución de Ecuador*, in *Rebelión*, del 9 marzo 2018, p. 2, che, per indicare la differente genesi di questi processi costituenti, usa il concetto di “*constitucionalismo sin padres*”, sottolineando come queste esperienze siano state avviate e dirette secondo una genuina dinamica partecipativa.

¹⁰⁵ Cfr. M. BRANDT, J. COTTRELL, Y. GHAI, A. REGAN, *Constitution-making and Reform. Options for the Process*, Interpeace, 2011, reperibile alla pagina <https://www.interpeace.org/resource/constitution-making-and-reform-options-for-the-process-2/>.

caratteristiche di originalità, ampiezza e complessità delle nuove costituzioni andine, in particolar modo di quelle esaminate¹⁰⁶. In esse si rinvencono numerosi elementi di innovazione, tra cui preminente è l'inclusione di elementi extragiuridici a forte valenza simbolica, propri delle tradizioni indigene. Conseguentemente, si registra un ampliamento dei testi costituzionali¹⁰⁷, lunghi e articolati, che corrisponde alla specifica volontà dei costituenti di affidare al Paese un testo chiaro, ben articolato, intellegibile, che sia la sintesi di quel pluralismo che i processi costituenti partecipativi intendono garantire. Si trascendono, così, i confini del costituzionalismo classico e la dimensione elitaria dei testi costituzionali che hanno segnato la storia degli ordinamenti esaminati¹⁰⁸. Tuttavia, le virtù del *nuevo constitucionalismo andino* e il contributo che questo può apportare per «rimettere in moto gli ingranaggi stanchi del costituzionalismo democratico contemporaneo»¹⁰⁹ sono aspetti che devono essere bilanciati con i limiti che le esperienze ordinamentali dell'area andina, in alcuni casi, hanno evidenziato¹¹⁰. In questo senso, il Cile può sfruttare il vantaggio di collocarsi in coda alla lunga serie di processi costituenti realizzati nell'area andina, muovendosi nella prospettiva di una razionalizzazione dell'elemento partecipativo nel processo di elaborazione della nuova Costituzione, che corregga le distorsioni segnalate.

¹⁰⁶ Cfr. R. VICIANO PASTOR, R. MARTINEZ DALMAU, *Aspectos generales del nuevo* cit., 28.

¹⁰⁷ La Costituzione colombiana è composta da 380 articoli, la Costituzione ecuadoriana da 444 e quella ecuadoriana da 411 disposizioni. È interessante osservare come la lunghezza di questi testi costituzionali è indicata da T. GINSBURG, Z. ELKINS, J. BLOUNT, *Does the Process* cit., 516, come un effetto criticabile della molteplicità degli attori che nei processi costituenti partecipativi vengono coinvolti nell'elaborazione di un nuovo testo costituzionale.

¹⁰⁸ In tal senso, R. VICIANO PASTOR, R. MARTINEZ DALMAU, *Aspectos generales del nuevo* cit., 32.

¹⁰⁹ A. MASTROMARINO, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano* cit., 319.

¹¹⁰ Sul punto si veda R. GARGARELLA, *Doscientos años de constitucionalismo americano: los Estados Unidos y América Latina frente a frente*, in *El constitucionalismo en el continente americano*, a cura D. BONILLA MALDONADO, Bogotá, 2016, 193 ss.

Abstract

Il presente contributo tra spunto dal vivace dibattito sul processo costituzionale attualmente in corso in Cile che manifesta già alcuni elementi procedurali precedentemente sperimentati in altri ordinamenti geograficamente e culturalmente affini, quali la Colombia, l'Ecuador e la Bolivia. Le esperienze scelte, oggetto di analisi, sono considerate come pioniere di un nuovo modello di processo costituente, affermatosi nell'area andina, nel quale la partecipazione popolare permea l'intera procedura di elaborazione della nuova norma fondamentale. L'analisi del carattere partecipativo dei processi costituenti analizzati si intreccia con un ulteriore profilo di indagine, inerente agli effetti che tali procedure partecipative hanno prodotto sul contenuto delle nuove costituzioni. È proprio a partire dalle esperienze costituenti esaminate, e da altre similari che hanno interessato l'area andina, che si è affermata una nuova "teoria della costituzione", conosciuta come *nuevo constitucionalismo andino*.

The participatory constitutions in the Andean area.
Comparing constitution-making experiences in sight of the Chilean constituent assembly

by Isabella M. Lo Presti

This contribution was inspired by the lively debate about the current constitutional process in Chile showing some procedural elements which have been previously experimented in other geographically and culturally similar systems, such as Colombia, Ecuador and Bolivia. The selected experiences under study are considered as the pioneers of a new model of constitution-making process which established itself in the Andean area and where citizen participation permeates the whole procedure for processing the new fundamental rule. The participatory character of the constituent processes under study is analysed and interwoven with a further investigation in the profile concerning the effects produced by such participatory processes on the content of new constitutions. It is exactly from the examined constitution-making experiences and from other similar ones involving the Andean area that a new "constitutional theory" has developed, known as "nuevo constitucionalismo andino" (new Andean constitutionalism).

La dottrina dialoga con la giurisprudenza

La Corte Costituzionale si pronuncia in tema di comporta e “terapie salvavita”: crisi della fattispecie e innalzamento dei criteri interpretativi dalla legalità al diritto*

di Roberta Lombardi, Fabrizia Santini

SOMMARIO: 1. Il ruolo interpretativo del giudice nel diritto della pos-modernità. Fattualità vs. prevedibilità. – 2. Il periodo di comporta nel pubblico impiego, tra legge e contrattazione collettiva. – 3. L'intervento della Corte Costituzionale: dalla irrilevanza del principio di uguaglianza... – 4. (segue) ... all'applicazione del criterio interpretativo della ragionevolezza. Il ruolo di supplezza legislativa del giudice costituzionale. – 5. La crisi e il tramonto del modello legale: dalla legge al diritto, dal diritto ai valori.

1. *Il ruolo interpretativo del giudice nel diritto della pos-modernità. Fattualità vs. prevedibilità*

L'ordinanza di remissione n. 647/2019¹ attraverso cui Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana sottopone alla Corte Costituzionale il controllo di legittimità dell'art. 68 del T.U. n. 3/1957 – in relazione ai fatti di cui a breve si dirà – costituisce l'occasione per cogliere, al di là del risultato interpretativo risolto in relazione al caso concreto, qualcosa di ben più profondo che ha a che fare con il modo di essere del diritto nelle società contraddistinte dalla instabilità dei processi di transizione, come sembra essere quella attuale.

La soluzione del quesito sottoposto al giudice delle leggi va ben oltre, infatti, la pur rilevante statuizione decisa per attenersi al più ampio tema della centralità del ruolo interpretativo della giurisprudenza e alla difficoltà di individuare, nel sottile equilibrio tra storicità (*rectius* fattualità) e prevedibilità (*rectius* certezza) del

* Pur essendo il lavoro frutto di riflessioni comuni, i par. § 1 e 5 sono a cura di Roberta Lombardi, e i par. § 2, 3 e 4 sono a cura di Fabrizia Santini.

¹ Si tratta, più precisamente dell'ordinanza 16 gennaio 2019 – 3 luglio 2019, n. 647 che ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 68, co 3, T.U. 10 ottobre 1957, n. 3 in relazione agli artt. 3 e 32 Cost. nella parte in cui, per il caso di gravi patologie che richiedono terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti non esclude dal computo dei consentiti 18 mesi di assenza per malattia i periodi non computabili secondo l'art. 35, co 14, c.c.n.l. 2006-2009 Comparto Università, vale a dire i «giorni di ricovero ospedaliero o di *day hospital* e quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie». Per la descrizione completa dei fatti di causa cfr. *infra*, anche in relazione ai commenti delle parti di diritto della sentenza nelle quali vengono opportunamente richiamati. Dalla suddetta ordinanza è scaturita la decisione di accoglimento della Corte Costituzionale n. 28 del 10 marzo 2021, oggetto di commento, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3, sotto il profilo della ragionevolezza l'art. 68, co 3 del d.P.R. n. 3 del 1957, nella parte e per i motivi già individuati dal giudice remittente.

diritto, quale dei due elementi far prevalere sui contrapposti piatti della bilancia della giustizia².

Va subito anticipato che sia il giudice remittente sia la Corte Costituzionale, nella loro formulazione dei rispettivi atti giudiziari, sembrano accogliere l'idea che il diritto non è una nuvola che galleggia alta sul divenire sociale, ma «è cosa di uomini e agli uomini finalizzata, intrisa di umanità e pertanto da essa non isolabile»³, fino al punto da rendere il suo ordinamento disponibile a farsi modellare dal costante divenire della realtà.

E poiché i fatti, sempre gremiti di storicità, sono riottosi a farsi ridurre e soffocare in geometrie, si comprende – come anche la vicenda in oggetto dimostra – che il diritto, nella complessità dei contesti in cui si riverbera, deve porsi in modo plastico e al contempo “umile” di fronte al mutamento e al nuovo che questo comporta, se si vuole conseguire il risultato di un diritto autenticamente umano e non imposto, come volontà potestativa, dall'alto. Ma di questo si dirà oltre.

Al momento invece – per la chiarezza di pensiero di chi si accinga a vestire i panni del lettore – è opportuno riassumere brevemente il caso da cui trae origine la decisione in commento.

Al centro della vicenda si pone l'impugnazione di un provvedimento di recesso datoriale dal rapporto di lavoro assunto da un ateneo siciliano nei confronti di una docente, alla quale era stata diagnosticata una malattia oncologica che la costringeva ad assentarsi dal lavoro, per sottoporsi ad intervento chirurgico prima e alle terapie salvavita poi, oltre il periodo massimo di 18 mesi di aspettativa per motivi di salute, previsti dall'art. 87 del T.U n. 3/1957.

La questione finiva innanzi al Tar Sicilia presso il quale la docente, in qualità di ricorrente, invocava l'applicazione dell'articolo 35 comma 14 del c.c.n.l. del comparto Università per il quadriennio normativo 2006-2009, in base al quale, in caso di gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente o parzialmente invalidanti, sono esclusi dal computo dei giorni di assenza per malattia quelli dovuti alle conseguenze certificate delle terapie.

Per i giudici amministrativi di primo grado, tuttavia, nel caso di specie non trovava applicazione la disciplina contrattuale, in quanto «il rapporto di pubblico impiego del ricercatore universitario non è privatizzato», con la conseguenza che per l'assenza per malattia bisognava necessariamente rivolgersi alla pertinente disciplina pubblicistica di cui agli articoli 68 e 70 del d.P.R. n. 3/1957, la quale prevede invece un periodo massimo cumulativo di 18 mesi, «senza escludere dal computo i periodi di assenza per grave patologia, per ricovero e intervento chirurgico e successive terapie salvavita».

² Il tema è magistralmente trattato da P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in www.questionegiustizia.it, 2018, di cui si è debitrice per le riflessioni di questo lavoro.

³ P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, in *Il Mulino*, 2008, 24.

La questione veniva riproposta in appello, dove il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana riteneva invece che ciò integrasse una vera e propria «disparità di trattamento tra dipendenti pubblici in regime di impiego privatizzato, e dipendenti pubblici in regime di impiego non privatizzato, in danno di questi ultimi». Di qui la questione di costituzionalità sollevata ai sensi degli articoli 3 e 32 della Costituzione.

2. *Il periodo di comporto nel pubblico impiego, tra legge e contrattazione collettiva*

La privatizzazione e l'attrazione del rapporto di lavoro dei dipendenti della pubblica amministrazione nell'ambito del diritto del lavoro dell'impresa privata reca con sé l'estensione della normativa sul periodo massimo di assenza per malattia, cd. periodo di comporto.

Ispirata ad intenti protettivi, questa disciplina garantisce la conservazione del posto e del reddito, per un periodo variabile, stabilito dalla legge, dai contratti collettivi, dagli usi o secondo equità; spesso modulato nella durata in relazione alla gravità delle patologie.

A fronte del carattere derogatorio di tale disciplina rispetto alle regole civilistiche generali in materia di contratto, la giurisprudenza ne ha precisato l'ammissibilità solo per le ipotesi specificamente indicate, dalla legge o dalla contrattazione collettiva, qualificandole come tassative⁴.

Gli obiettivi di tutela hanno purtroppo in più occasioni condotto a mettere in discussione la portata e l'estensione delle ipotesi medesime, e su questo filone si inserisce la questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, confluita poi nel successivo pronunciamento della Corte Costituzionale n. 28/2021⁵.

L'operatività, nel caso di specie, degli artt. 68 e 70 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 ha pesanti ricadute in termini di tutela della dipendente, cui viene riconosciuto un periodo massimo di assenza continuata per malattia (pari a diciotto mesi) e un periodo massimo cumulato di assenza per malattia e per motivi di famiglia (pari a due anni e mezzo nel quinquennio, con possibilità di una ulteriore estensione, su domanda, per altri sei mesi), senza distinzione alcuna in relazione alla gravità delle patologie sofferte.

La disciplina dettata dal contratto collettivo di Comparto 2006-2009, applicabile ai dipendenti contrattualizzati delle Università, diversamente riconosce, in caso di «gravi patologie», la non computabilità nel periodo massimo di assenza dei periodi di «ricovero ospedaliero, *day hospital*» e, per quanto ora più interessa, quelli «dovuti alle conseguenze certificate delle terapie».

⁴ Cfr. Cass. 23 luglio 2008, n. 20316; Cass. 19 maggio 2003, n. 7843.

⁵ Per ogni riferimento in relazione a tali atti cfr. *supra* nota (2).

Si profilerebbe dunque secondo il Consiglio di giustizia amministrativa, «una oggettiva disparità di trattamento tra pubblico impiego non privatizzato e privatizzato, atteso che nel primo non si escludono dal computo del periodo massimo di assenza per malattia, in caso di gravi patologie, i giorni di ricovero e cura». Con la conseguenza che la ricercatrice ha perso il proprio posto di lavoro proprio perché nel periodo di assenza per malattia è stato computato quel periodo di “cure salvavita” di tre mesi che non sarebbe stato invece calcolato ai sensi dell’art. 35, comma 14 del ccnl di comparto a carico di un dipendente contrattualizzato.

3. *L'intervento della Corte Costituzionale: dalla irrilevanza del principio di uguaglianza...*

Che la questione non potesse essere risolta attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 68 e 70 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 è stato pacificamente riconosciuto dallo stesso Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana; così come mediante l’applicazione diretta dell’art. 35, comma 14 del c.c.n.l.

Nel primo caso, l’interpretazione costituzionalmente orientata sarebbe preclusa dal chiaro tenore delle disposizioni coinvolte, che non lasciano spazio a diverse opzioni ermeneutiche. L’applicazione diretta del c.c.n.l. è invece esclusa in quanto il rapporto di lavoro dei docenti e dei ricercatori universitari è sottoposto ad uno statuto speciale di diritto pubblico, disciplinato dal d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382.

Di qui, la rimessione della questione alla Corte costituzionale. Che ritiene d’altro canto analogamente impraticabile la strada della violazione del principio di uguaglianza, *ex art. 3 Cost*⁶.

L’ampio rinvio che l’art. 2110 cod. civ. fa, nel regolare la malattia come causa di sospensione del rapporto di lavoro, per la determinazione degli aspetti quantitativi e temporali della conservazione del posto e del relativo trattamento economico, alla legge o al contratto collettivo di riferimento, prefigura la possibilità che le corrispondenti esigenze di un intervento protettivo eteronomo si manifestino con diversa intensità e talora non si manifestino affatto, fondando la legittimità costituzionale di una modulazione dell’intervento di regolamentazione declinato in relazione ai differenti caratteri che i rapporti di lavoro possono assumere nei diversi settori o nelle diverse categorie professionali⁷.

Differenze che nel caso di specie troverebbero, ancora, inconfutabile fondamento in ragione del diverso *status* legato al carattere privatizzato o meno del rapporto di lavoro ed alle «caratteristiche strutturali che con l’andare del tempo

⁶ Cfr. punto § 5 e ss. della sentenza.

⁷ P. ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, I, Bari, 1999, 542.

si sono sempre più differenziate» delle due tipologie di impiego, come è costretta ad ammettere la stessa Consulta (cfr. par. § 5.1.).

«Una legge che pareggiasse situazioni che sono oggettivamente diverse», ha ammonito tempo addietro la Consulta con la sentenza n. 53/1958, esplicitando un principio in precedenza non deducibile invero dall’art. 3 Cost., «violerebbe, del pari il principio dell’uguaglianza e contrasterebbe con le ripetute affermazioni della Corte, secondo le quali è da ritenere costituzionalmente legittimo il diverso regolamento legislativo di situazioni diverse».

Nel momento in cui dunque l’art. 68 del d. P.R. n. 3/1957 garantisce il diritto alla conservazione del posto, sotto certi aspetti addirittura in maniera più favorevole a quanto previsto da altri contratti collettivi, è considerazione condivisa l’assenza di qualsivoglia discriminazione rilevante ai sensi dell’art. 3 Cost.

4. *(segue) ... all’applicazione del criterio interpretativo della ragionevolezza. Il ruolo di supplenza legislativa del giudice costituzionale.*

Sebbene la norma «garantisca adeguatamente il diritto alla conservazione del posto di lavoro rispetto alle assenze per malattia», precisa però la Corte, «non tiene conto delle situazioni derivanti dalle moderne terapie salvavita, caratterizzate dalla obiettiva impossibilità di adempiere ai doveri di ufficio», così violando l’art. 3 Cost. sotto il diverso profilo della ragionevolezza.

A valle di un *iter* argomentativo improntato ad un attento *self-restraint*, la Corte intraprende, più o meno scientemente, quel percorso “creativo”, in chiara supplenza legislativa, che con sempre maggior frequenza impronta le sue pronunce.

Collocandosi nell’alveo del diritto vivente, opera una manipolazione della norma proprio in forza di tale presupposto, che risulta assunto ad elemento di *ratio* del nuovo testo normativo⁸.

Nell’ottica di corroborare in altre parole la normativa con la verifica della sua rispondenza al sentire comune, i giudici rompono ogni paradigma di segno formalistico e deduttivo, improntando l’attività gius-dicente più che all’analisi dei testi, a quella del contesto.

La capacità di regolare le azioni umane del diritto è garantita e controllata all’interno del contesto nel quale il diritto viene elaborato e vissuto, statuendo uno stretto rapporto tra il diritto e gli accadimenti concreti che caratterizzano la vita di una comunità; ed è «entro il denso e vischioso magma dell’interazione sociale che il discorso giuridico prende forma, viene letto, usato, produce i suoi

⁸ P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 252.

effetti»⁹. Di tal che, la Corte con la sua attività punta alla realizzazione di un assetto più razionale, o conveniente, degli interessi in gioco, manipolando quelle norme in cui quelle scelte tempo per tempo si traducono.

Invocando allora una diversa responsabilità, che è quella del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo¹⁰, i giudici superano il proprio ruolo di meri interpreti/conservatori-trasmittitori di regole già date per divenire creatori di regole trasformatrici.

Si tratta con evidenza di operazioni sempre in bilico «tra il diritto che è e il diritto che si vorrebbe»¹¹. Non si può negare infatti la matrice politica dell'attività giurisdicante, che non è altro che «attuazione-integrazione critica del diritto, ossia appunto 'politica del diritto'»¹²; laddove apparentemente 'apolitica' l'operazione interpretativa rischia di non essere niente altro che «politica in modo conforme all'ordinamento in quel momento prevalente»¹³.

L'eguaglianza/ragionevolezza costituisce il «canone generale di controllo sull'esercizio della funzione legislativa» che consente alla Corte di valutare la «normativa nelle sue relazioni logiche con il sistema normativo (coerenza), quanto nella sua interna congruenza, proporzionalità e giustizia»¹⁴, con l'obiettivo di «sanzionare le oggettive irrazionalità dell'ordinamento»¹⁵.

Come si è spiegato, non si tratta del mero accertamento di una adeguata *ratio* giustificatrice della norma, della sua «conform[ità] alla Costituzione»; si tratta di una valutazione volta a stabilire se «la legge sia giusta, equa, opportuna, completa, tecnicamente ben fatta ecc. ».

Ed è proprio sotto il profilo della adeguatezza/razionalità che la Corte ritiene censurabile l'art. 68 del d.p.r. 3/57, disposizione «non più adeguata al contesto attuale, caratterizzato dalla profonda evoluzione delle terapie», così come risulta dal confronto con la disciplina dettata della contrattazione collettiva. «La cncl, con la sua naturale dinamicità è stata in grado di tener conto del progressivo sviluppo dei protocolli di cura per le gravi patologie, ed in particolare delle cosiddette terapie salvavita con i loro pesanti effetti invalidanti», contrariamente a quanto ha potuto, o voluto, fare il legislatore, come ci spiega appunto la Corte.

In altre parole, la Corte disgiunge l'esame dell'adeguatezza, logicità e coe-

⁹ P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. Pubb.*, 1995, 32.

¹⁰ S. COTTA, *La sfida tecnologica*, IV^a ed., Bologna, 1971, 182.

¹¹ P. TOSI, *Recensione a: Stefano Giubboni, Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Torino, 2020, in *Lav. Dir. En.*, 2021, 2, 9.

¹² L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto. Linee di una metodologia filosofico-giuridica*, Firenze, 1974, 11.

¹³ E. SPAGNA MUSSO, *Note per una discussione organica sulla utilizzazione politica del diritto*, in *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma – Bari, 1973, 50.

¹⁴ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000, 49.

¹⁵ G. SCACCIA, *Gli "strumenti"*, cit.

renza, pertinenza rispetto al fine della disposizione dalla “ragionevolezza” della funzione legislativa, intraprendendo un percorso che induce a «valutazioni di natura politica, o quantomeno, [ad] un sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento»¹⁶.

Al termine, ci restituisce una norma che è diversa, il cui dispositivo è diverso.

Pur senza sviamento alcuno dalla *ratio* della norma, «attraverso l’operazione di taglio sulle parole» e successiva manipolazione con a mente l’ordinamento intersindacale, si perviene «ad introdurre una nuova statuizione ... del tutto estranea al contesto normativo».

Seppure non applicabile direttamente al caso di specie, in quanto «espressione di delicati punti di equilibrio, che sono legati alle specificità del relativo rapporto, e che pertanto non sono suscettibili di un confronto diretto», l’art. 35, comma 14, del contratto di comparto diviene parametro prima della valutazione di ragionevolezza della norma e poi disposto integrativo¹⁷. Con il che sembra pacificamente superata la manipolazione adeguatrice della norma verso la manipolazione giudicante¹⁸, sebbene la classificazione in categorie rappresenti oggi una mera suggestione.

5. *La crisi e il tramonto del modello legale: dalla legge al diritto, dal diritto ai valori.*

A chiusura di commento sia consentito riprendere alcune suggestioni (solo tratteggiate nell’*incipit* di questa breve riflessione.

In particolare, l’operazione ermeneutica effettuata dalla Corte e contraddistinta dal passaggio dell’analisi delle norme all’analisi del contesto null’altro rappresenta che il segno distintivo della crisi e del tramonto del modello legale, in cui «le norme non bastano più a sé stesse, ma sono giustificate e sorrette da qualcos’altro, che in certo modo può servirsene ed utilizzarle»¹⁹.

¹⁶ Che alla Corte Costituzionale purtuttavia non spett [erebbe] esercitare”, secondo Corte Cost. 26 gennaio 1957, n. 28; in quanto “campo questo riservato all’esclusivo apprezzamento del legislatore, che ne assume piena ed intera la responsabilità politica” per Corte cost. 15 luglio 1959, n. 46.

¹⁷ La previsione della contrattazione collettiva di comparto risulta ad oggi diffusa, seppure non generalizzata. Cfr. il Ccnl Dirigenza Presidenza Consiglio dei Ministri, 2002 – 2005, art. 23; ccnl Sanità – Dirigenti 2016 – 2018, art. 42; Ccnl Sanità 2016 – 2018, art. 43; Ccnl Istruzione e ricerca 2016-2018, Dirigenti, art. 22; diversamente il Ccnl Funzioni centrali – Dirigenti 2016-2018, il cui art. 19 prevede la possibilità su richiesta di aggiungere ulteriori 18 mesi di assenza per malattia in casi particolarmente gravi; il Ccnl Funzioni centrali 2016-2018, art. 35, che disciplina l’ipotesi di terapie comportanti incapacità al lavoro in relazione alla certificazione che deve redigerne il medico curante.

¹⁸ Spigolature di dottrina sulla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e sul suo “dopo”, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 641.

¹⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), 1959, 428

Del resto, è proprio alla complessità giuridica degli scenari fluidi del post-moderno Stato sociale di diritto (in virtù del quale le politiche pubbliche svolgono la peculiare missione di operare per il conseguimento di risultati parametrati sulle esigenze della persona, in vista della tutela di beni della vita cui i soggetti fondamentali di un ordinamento fortemente umanizzato aspirano) che si deve la crisi e il tramonto del modello legale dell'ordinamento giuridico.

Astrattezza, generalità, rigidità, quali segni distintivi e virtuosi della legge, un tempo, appaiono oggi, proprio gli elementi capaci di decretarne il declino.

Il nuovo volto del diritto è intriso di valori diversi rispetto a quelli di prevedibilità e certezza, baluardi giuridici della modernità giuridica del Novecento²⁰. Nuove sembianze pongono in primo piano i fatti – strutturali, economici, culturali – come presenza condizionante in grado di incidere in modo significativo sugli assetti giuridici tradizionali. Il “sociale” è componente del nuovo paesaggio giuridico come presenza ineliminabile e condizionante.

A ciò si affianca la perdita di centralità del legislatore nazionale, che non detiene più il monopolio normativo, dal momento che le fonti non solo si moltiplicano ma anche si de-tipicizzano²¹. Lo Stato abdica alla sua funzione primaria di regolazione del divenire storico, incapace di tenere dietro al mutamento di straordinaria rapidità e intensità degli eventi della seconda modernità²². E se come, in fondo, anche la Corte dimostra, il diritto è «frutto di *inventione*, allora il canone della storicità del diritto quale approccio indiscutibilmente congeniale alla dimensione giuridica rappresenta la bussola orientativa (...) per la comunità di giuristi/interpreti, nonché il salvataggio di un diritto che è sempre e soltanto esperienza, cioè dimensione della vita»²³. Come a dire: l'asse portante del sistema giuridico si sposta dal legislatore agli interpreti, calati nell'esperienza quotidiana e chiamati – proprio come si diceva poc'anzi – ad una supplezza di creazione interpretativa del diritto.

In questa prospettiva non si stenta a comprendere le difficoltà di un ordinamento che, fin dall'affermazione della sua scienza (giuridica), ha preteso di prescindere dall'osservazione della realtà e dalla sua traduzione in dati quantitativi (a differenza ad esempio dell'economia e della sociologia che adottano metodi di analisi basati su raccolte di termini numerici e indagini statistiche), formando le proprie categorie a priori e qualificando gli accadimenti del reale per farli rientrare nei predicati normativi previsti (*id est* fattispecie), prima del loro effettivo realizzarsi.

²⁰ In tal senso P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, cit.

²¹ Il riferimento non è solo alla contrattazione collettiva ma altresì alla florida produzione delle fonti della cd. *soft regulation*,

²² Sul tema sia consentito il rinvio a R. LOMBARDI, *Spunti di riflessione (di una amministrativista) per una considerazione sulla scienza giuridica e il suo insegnamento*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2021, in corso di pubblicazione.

²³ P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, cit., 4.

Come ci ricorda Natalino Irti «il diritto ha la pretesa di dominare l'imprevedibile, di attribuire significato agli eventi futuri (...) il diritto non vuol salvare il passato ma conquistare il futuro»²⁴. Ma se il diritto vuole impadronirsi dell'evento e farne un caso della propria applicazione è verosimile pensare che questa operazione sussuntiva sia ammissibile solo se il “caso” soddisfa il calcolo delle probabilità, entrando nella volontà normativa e ricevendo un predicato giuridico²⁵.

La decisione in commento riesce a dimostrare che il modello della fattispecie è un concetto morente, in via di superamento, perché il diritto delle società instabili tende a privarsi di strumenti di precisione, vecchi utensili cari per educazione mentale e tradizione di studi, ormai troppo rigidi per convertire i fatti in casi di applicazione normativa.

Il concetto di fattispecie si addice a società stabili, a un mondo disciplinato da modelli dove la tipicità è un luogo sicuro in cui trovano rifugio tutte le manifestazioni giuridiche, ma è inadatto ai tormentati, mutevoli e precari scenari dei nostri giorni, nei quali la “logica monistica della fattispecie”²⁶ non riesce a catturare le sfaccettature incalcolabili dei fatti di vita che dominano la storia e proiettano nuove e inaspettate domande di tutela sulla società.

L'indebolimento degli strumenti logici porta a scovare sentieri diversi e nuovi dell'interpretazione giuridica, spostando i criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge, nelle norme costituzionali o nei valori “positivizzati” quali principi elementari dell'ordinamento. In linea di massima “norme senza fattispecie” che «assegnano diritti incondizionati, enunciano principi e regole di convivenza, tutelano interessi e beni collettivi».

E questo è solo il primo gradino, che porta all'innalzamento dei criteri di decisione giudiziaria oltre la legge, ai “piani nobili del diritto”, ma sempre ligi al metodo positivo: le norme costituzionali appartengono al diritto positivo, il quale tuttavia «mostra nella sua cima più alta, di indebolire o abbandonare il concetto di fattispecie», se – come è avvenuto anche in questo caso – le norme costituzionali vengono applicate senza la mediazione di leggi ordinarie, senza «quel riconoscersi del tipo nel fatto». Ma vi è poi un passo ulteriore, al quale non sembra sottrarsi neanche la Corte Costituzionale, dal momento che è proprio salendo questo secondo gradino che risolve la questione di costituzionalità rimessa alla sua attenzione.

E l'ulteriore gradino sta nel salire dal diritto ai valori (*id est* la ragionevolezza), insediati fuori dalla storia, dati da sempre e per sempre, «oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento, acquistano natura giuridica e

²⁴ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 26.

²⁵ N. IRTI, *La crisi*, cit. p. 29.

²⁶ U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. FURGIUELE, 2015, 5 ss.

con essi, un nuovo modo di validità, senza perdere il loro *status originario*»²⁷. I valori esprimono totalità di senso, valgono in sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme, si appoggiano soltanto su sé stessi e perciò permettono di dominare l'imprevedibile, ignorano spazi vuoti, danno risposte a tutte le domande.

Non si esclude che la Corte avrebbe potuto arrivare alla soluzione decisa percorrendo strade dell'interpretazione più ferme e più sicure, ma la scelta di spogliarsi di contenuti formali e di sequenze sillogistiche, esprimendo un giudizio di valore, ossia di consenso o di dissenso rispetto ad una situazione di vita, oltrepassa l'orrore del vuoto, supera la crisi della fattispecie, consente di archiviare il passato e di proseguire nel cammino (interpretativo) di un nuovo orizzonte.

²⁷L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 85 ss.

Abstract

La decisione n. 28/2012 con cui la Corte Costituzionale risolve una importante questione di legittimità dell'art. dell'art. 68 del T.U. n. 3/1957 legata al tema del comporto e delle terapie salvavita con riferimento ai docenti universitari, costituisce l'occasione per riflettere sul ruolo interpretativo della giurisprudenza e alla difficoltà di individuare, nel sottile equilibrio tra storicità (*rectius* fattualità) e prevedibilità (*rectius* certezza) del diritto, quale dei due elementi far prevalere sui contrapposti piatti della bilancia della giustizia. Sia il giudice remittente sia la Corte Costituzionale, nella loro formulazione dei rispettivi atti giudiziari, sembrano accogliere l'idea che il diritto non è una nuvola che galleggia alta sul divenire sociale, ma nella complessità dei contesti in cui si riverbera, deve porsi in modo plastico e al contempo “umile” di fronte al mutamento e al nuovo che questo comporta. Condizione necessaria per conseguire il risultato di un diritto autenticamente umano e non imposto, come volontà potestativa, dall'alto.

The Constitutional Court judges on leave of absence and “life-saving” therapies: crisis of the case and improvement of the interpretative criteria from legality to law

by Roberta Lombardi, Fabrizia Santini

The 28/2012 decision with which the Constitutional Court solves the important question of legitimacy of the article 68 of the T.U. (one text) number 3/1957 that focuses on the issue of sick leave and intensive care for the University academic staff, provides the opportunity to reflect on the interpretative role of the jurisprudence and the difficulty of ascertain, within the fine equilibrium between historicity (factual *rectius*) and predictability (certain *rectius*) of the law, which of the two elements should prevail on the opposite plates of the scale of justice. Both the referring judge and the Constitutional Court, when they formulate their respective judicial acts, seem to accept the idea that the law is not a cloud that floats high above the social becoming. It should, instead, within the complexity of the issues in which it reverberates, be flexible and, at the same time ‘humble’ in the face of change and of the novelty that change entails. This is a necessary condition to achieve a law that is truly humane and not imposed, as a potestative will, from above.

Valutazioni tecniche e giudice amministrativo. Il caso delle comunicazioni elettroniche*

di Livia Lorenzoni

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema generale del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti. – 2. Precisazione del campo d'indagine: il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche in materia di comunicazioni elettroniche. – 3. I principali orientamenti della giustizia amministrativa: l'approccio di deferenza. – 4. La giurisprudenza favorevole ad un sindacato maggiormente penetrante. – 4.1 Il contenzioso in materia di ripartizione del costo degli obblighi per la fornitura del servizio universale. – 4.2 La giurisprudenza sulla quantificazione dei canoni di accesso alla rete. – 4.3 La giurisprudenza sulle autorizzazioni di offerte commerciali da parte dell'operatore dominante. – 4.4 La giurisprudenza sulla proroga dei diritti d'uso di bande di frequenza. – 5. Le tecniche di controllo maggiormente utilizzate: la ricostruzione del fatto, il sindacato sui concetti giuridici indeterminati e il limite del margine di opinabilità della scelta. – 6. Alcuni possibili elementi determinanti rispetto all'intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche in materia di comunicazioni elettroniche: le finalità e l'oggetto della regolazione di settore. – 7. Considerazioni conclusive

1. *Introduzione al problema generale del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti*

Il tema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti adottati dalle autorità indipendenti ha assunto un ruolo centrale nel dibattito teorico, giurisprudenziale ed istituzionale, in quanto è universalmente considerato uno strumento fondamentale al fine di legittimarne i poteri e l'operato¹. La proliferazione del modello

* Il lavoro costituisce lo sviluppo di una ricerca avviata nell'ambito del progetto coordinato dal Prof. Alfredo Moliterni, finalizzata alla realizzazione del volume, curato dallo stesso, dal titolo "Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice: concrete dinamiche dell'ordinamento", Napoli, 2021, nel quale è pubblicata una prima e più sintetica riflessione sul tema oggetto del presente contributo.

¹ Le autorità amministrative indipendenti, come noto, sono caratterizzate da una tendenziale estraneità al circuito della responsabilità politica e da una elevata *expertise* tecnica. Sulle origini di tale modello istituzionale, a partire dalle *independent agencies* statunitensi, si veda M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1995, 1 – 8; sul contesto istituzionale che ha favorito in Italia il proliferare delle autorità indipendenti, legato alla crisi di rappresentanza «acuito dalla crisi del sistema di partiti italiano, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società, che è la stessa che accresce la forza dei giudici rendendoli, come le autorità amministrative indipendenti, contropoteri del governo e dei circuiti rappresentativi, tanto di quello elettorale, quanto di quello degli interessi», si veda A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 40. Si veda, altresì, la tesi che ha collegato la nascita delle autorità indipendenti al superamento del dirigismo economico, esposta in F.

delle *authorities* nel panorama dell'organizzazione amministrativa italiana, alle quali sono stati attribuiti poteri (regolatori e quasi-giurisdizionali) di garanzia rispetto a diritti fondamentali², ha indotto un ripensamento delle tradizionali riflessioni sul concetto di discrezionalità tecnica³. Questa ultima nozione è stata recentemente oggetto di critiche per la sua ambiguità di significato rispetto a quella generale di discrezionalità amministrativa e, secondo alcuni, da sostituire con quella più precisa di «potere di valutazione tecnica»⁴.

A partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, la giurisprudenza

MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano, 1993, 151, ss. e recentemente posta in discussione in E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *La regolazione indipendente dei mercati: tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 26 ss. Sulle principali linee organizzative e funzionali di tale modello istituzionale, si veda M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Diz. Dir. pubbl.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 588 ss. In ragione delle suddette specificità, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche espresse da tali soggetti costituisce una importante garanzia a tutela degli amministrati e, in quanto tale, è stato oggetto di ampie riflessioni, dottrinali e giurisprudenziali. Sul tema, la letteratura è sconfinata. Tra le prime riflessioni sul tema si veda R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, a cura di S. Casseese e C. FRANCHINI, Bologna, 1996. Ad un decennio dall'istituzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha costituito il campo di indagine maggiormente fertile per individuare i confini del controllo giudiziario sugli atti delle autorità amministrative indipendenti, la dottrina osservava come tale modello organizzativo avesse «apportato qualche turbativa al sistema di giustizia amministrativa esistente nell'ordinamento italiano» (F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo «quasi giallo»*, Bologna, 2000, 87).

² Si veda, sul punto, F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti: giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, a cura di F. FRANCARIO, Milano, 2003, 3 – 23. Nello stesso volume, il contributo di P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica ed autorità indipendenti*, a p. 129 e ss., illustra i tre principali orientamenti emersi in dottrina sulla “funzione di garanzia” attribuita alle autorità indipendenti: il primo che la riconduce ad una funzione neutrale e quasi giurisdizionale di qualificazione di fatti e comportamenti in termini di liceità; il secondo che la inquadra in un potere puramente discrezionale e il terzo, prevalente, che la inserisce nell'ambito della cosiddetta “discrezionalità tecnica”. Si veda, altresì, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001 e, più di recente, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 11-61.

³ Sulle originarie ricostruzioni della discrezionalità tecnica da parte della dottrina internazionale tra fine Ottocento e inizio Novecento e per il loro superamento, si veda M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, ora in *Scritti*, vol. I, Milano, 2000, 16 e ss. Sul tema generale del sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica si vedano, tra gli innumerevoli contributi, F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 391; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. Per una più recente ed esaustiva rassegna dottrinale sul tema si rinvia a C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 27 – 99.

⁴ Si vedano, sul punto, le ricostruzioni di G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 133 e, da ultimo, S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. Amm.*, 2020, 1, 97 e ss.

amministrativa ha mutato il proprio orientamento circa la tendenziale insindacabilità degli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione, fino a quel momento soggetti ad un mero controllo formale ed estrinseco, ed ha aperto la strada ad una «verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»⁵. Anche con specifico riferimento alle valutazioni tecniche complesse delle autorità di regolazione e di vigilanza, l'approccio di tradizionale deferenza⁶ è stato gradualmente sostituito da un sindacato, almeno dichiaratamente, più intenso⁷.

Tuttavia, sebbene alcune formule appaiano, in alcuni casi, standardizzate e si ripetano nelle decisioni riferite alle diverse autorità di settore, nella sostanza, la giurisprudenza risulta fortemente variegata, anche all'interno di un unico campo di indagine, e non sempre coerente con le dichiarazioni di principio⁸.

La peculiarità del controllo giurisdizionale di legittimità – attribuito alla

⁵ Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1179, con nota di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Foro Amm.*, 2000, 2, 422, con nota di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185, con nota di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* e ivi, a p. 212, di P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Foro it.* 2001/III, 9, con nota di A. TRAVI, *Nota a Cons. di Stato n. 601/1999*.

⁶ Sull'affermarsi dell'orientamento deferente, riferito ai provvedimenti dell'autorità antitrust, volto a comprimere i poteri del giudice amministrativo ad una mera verifica estrinseca di vizi di legittimità, si veda, Cons. Stato, VI sez., 14 marzo 2000, n. 1348, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 4, 367, con commento di M. DE BENEDETTO, *Il caso Tekal/Italcementi*.

⁷ La dottrina ha osservato che «da auspicata svolta definitiva in realtà non c'è stata perché negli anni immediatamente successivi sono riemerse in pieno, almeno in alcuni ambiti del contenzioso di legittimità, le espressioni di tendenziale insindacabilità delle valutazioni tecniche» (F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 2020, 3, 749). Con particolare riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, si è parlato di una sostanziale «dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori, come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti» alla quale corrisponde «il rafforzamento del principio di legalità in senso procedurale: quest'ultimo si concretizza, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore, nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari» (TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2020, n. 1200; Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2020, n. 1368).

⁸ Su tale disomogeneità si vedano, tra i molti, C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2017, 2; M. CAPPAI, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia "antitrust": un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *www.federalismi.it*, 2019, 21; S. DE NITTO, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia "antitrust"*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, 1, 181 e ss.; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit. F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 2, 429 e ss.

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁹ – in questo ambito, deriva, tra l'altro, dall'ampio utilizzo nella legislazione applicata dalle autorità indipendenti di concetti giuridici indeterminati e norme tecniche (in prevalenza di carattere economico), non riconducibili a regole scientifiche esatte e inopinabili. Ciò contribuisce a rendere piuttosto evanescente il criterio del «margine di opinabilità», adottato dalla giurisprudenza per fissare il limite invalicabile di valutazione riservato all'amministrazione, trattandosi di settori nei quali non vigono principi discendenti dalle c.d. scienze esatte¹⁰. Lo stesso giudice amministrativo ha riconosciuto come le valutazioni delle autorità indipendenti assumano come parametri di riferimento «non solo regole scientifiche esatte e non opinabili, ma anche valutazioni di natura prognostica, ovvero a carattere economico, sociologico, o comunque non ripercorribile in base a dati univoci, con ambito di sindacabilità oggettivamente ridotto»¹¹.

Il presente scritto si pone l'obiettivo di analizzare il modello di sindacato adottato in concreto da parte del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche espresse dall'autorità amministrativa indipendente competente nel settore delle comunicazioni elettroniche, per tentare di evincerne le principali linee di tendenza.

Il settore oggetto di esame presenta caratteristiche specifiche rispetto ad altri mercati soggetti alla regolazione economica.

In primo luogo, il coinvolgimento delle autorità europee nell'istruttoria sottesa alle decisioni più rilevanti (che sarà illustrato nel paragrafo seguente) consente una maggiore conoscibilità dell'*iter* che porta alle valutazioni espresse dall'autorità nazionale e delle relative possibili criticità o difformità di vedute¹². Tale aspetto è

⁹ Art. 133, co.1, lett. l) del Decreto legislativo del 02 luglio 2010 – n. 104, Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (codice del processo amministrativo). Sull'introduzione della giurisdizione esclusiva e le ragioni di tali scelte si veda M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 177 e ss.

¹⁰ Come evidenziato in dottrina, «vi è una tendenziale distinzione a livello teorico tra la posizione delle autorità amministrative indipendenti e le altre amministrazioni per quanto riguarda l'individuazione delle ragioni della riserva di valutazione del fatto opinabile, riserva che nel primo caso è spiegata con la particolarità della funzione svolta e della posizione ricoperta dalle autorità indipendenti nell'ordinamento (con conseguente accentuazione della rilevanza delle garanzie procedurali), mentre nel secondo caso è spesso motivata in modo ellittico, richiamando i caratteri di un giudizio che deve essere condotto entro i limiti di un sindacato di legittimità, ma senza indagarne i presupposti di ordine sostanziale». (G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 2, 705).

¹¹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257. La sentenza richiama diversi precedenti del Consiglio di Stato sul punto, non solo in materia di comunicazioni elettroniche. Si vedano, tra le molte, Cons. St. sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

¹² In generale, sui riflessi dell'attività consultiva preordinata all'adozione di provvedimenti amministrativi espressione di valutazioni tecniche sull'estensione del sindacato giurisdizionale si veda C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. Amm.*, 2021, 1, 213.

stato ritenuto in dottrina come determinante «nel tracciare la linea di confine tra giudice e amministrazione»¹³ nel settore delle comunicazioni elettroniche.

In secondo luogo, la regolazione di settore in questo ambito «applica concetti e principi del diritto della concorrenza»¹⁴, come quello di mercato rilevante o dominanza, i quali costituiscono il presupposto per l'intervento regolatorio, che, a sua volta, è orientato alla promozione della concorrenza. La commistione tra regolazione e tutela della concorrenza che caratterizza questo settore ha consentito al giudice amministrativo di attingere a nozioni elaborate nel sindacato sui provvedimenti adottati dall'autorità *antitrust*, sulle quali la giurisprudenza ha sviluppato, nei decenni successivi alla sua istituzione, una competenza specifica. Tale aspetto appare rafforzato dalla previsione della medesima competenza funzionale inderogabile attribuita al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sui provvedimenti di entrambe le autorità garanti¹⁵.

In terzo luogo, gli interessi pubblici tutelati dalla disciplina settoriale assumono una rilevanza particolarmente sentita nell'opinione pubblica, non solo per quanto attiene alla garanzia del pluralismo, della libertà di informazione, o della piena accessibilità del servizio universale, ma anche con riferimento alla promozione della concorrenza e all'apertura del mercato¹⁶. Quest'ultimo bene giuridico assume un ruolo preminente nell'attività regolatoria dell'autorità di settore e produce ripercussioni, in termini di riduzione dei costi e di miglioramento della qualità dei servizi, agevolmente percepibili dal pubblico "profano".

Tali elementi, insieme ad altri che emergeranno dallo studio che segue, paiono aver influenzato il tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo. Per tali ragioni, il settore delle comunicazioni elettroniche rappresenta un importante campo di osservazione sugli attuali confini del sindacato giurisdizionale in materia di valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti di regolazione di settore.

¹³ A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso di AGCOM*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 1, 151.

¹⁴ M. D'ALBERTI, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, a cura di R. PEREZ, Milano, 2004, 36. Si veda anche ID., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 705 e ID., *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, Bologna 2008, 79 e ss.

¹⁵ Tale competenza era inizialmente prevista dall'art. 1 co. 27, legge 31 luglio 1997, n. 249, Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, analogamente a quanto previsto dall'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato. Attualmente è stabilita dall'art. 135, co. 1, lett. b) del codice del processo amministrativo per «i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e quelli dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni».

¹⁶ Sul rapporto tra tutela del pluralismo e tutela della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, si veda S. SANTOLI, *La tutela del pluralismo nel settore delle comunicazioni di massa: differenza e sovrapposizione rispetto alla tutela della concorrenza*, in *Diritti interessi ed amministrazioni indipendenti*, a cura di F. FRANCARIO, cit., 231 ss.

2. *Precisazione del campo d'indagine: il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche in materia di comunicazioni elettroniche.*

Le valutazioni tecniche nel campo delle comunicazioni elettroniche si inseriscono in una variegata gamma di poteri regolatori, autorizzatori e sanzionatori, attribuiti, nell'ordinamento italiano, a diversi soggetti istituzionali. In particolare, i poteri in materia di autorizzazioni e licenze per i servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico e privato e per i servizi postali sono affidati al Ministero dello sviluppo economico¹⁷. I poteri di regolazione e sanzionatori, invece, sono esercitati dall'autorità per le garanzie nelle comunicazioni (nel prosieguo solo Agcom o autorità), con riferimento ai mercati delle comunicazioni elettroniche, dei servizi media e dei servizi postali¹⁸. Le finalità sottese alla regolazione economica posta in essere dall'autorità sono la promozione della concorrenza, lo sviluppo dei mercati, la vigilanza sulla corretta applicazione delle regole da parte degli operatori e la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi regolati.

La regolazione di settore dell'Agcom si interseca, oltre che con quella del Ministero, anche con le competenze dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm). Alla luce della, già ricordata, preminenza degli obiettivi pro-concorrenziali nel settore delle comunicazioni elettroniche, quest'ultimo costituisce uno dei campi nei quali è maggiormente evidente la sovrapposizione tra l'azione dell'autorità di regolazione di settore e l'intervento *antitrust*¹⁹.

¹⁷ Si veda in proposito l'art. 25 d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, Codice delle comunicazioni elettroniche. Tale ripartizione di funzioni ha suscitato difficoltà applicative che hanno favorito l'insorgere di contenzioso che ha condotto alla sentenza della Corte di giustizia europea, sez. IV del 26 luglio 2017, causa C-560/15 *Europa Way e Persidera*, su cui si rinvia a E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 184 ss.

¹⁸ L'autorità è stata istituita con la legge 31 luglio 1997, n. 249 Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo. Per l'analisi della precedente organizzazione della regolazione dei settori dell'editoria e della radiodiffusione, si veda G. FALCON, *Il "primo", il "secondo" ed il "terzo" garante dei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSTI, cit., 69 ss. Sulla storia dell'istituzione dell'Agcom e le relative funzioni, si vedano, per tutti, E. FRENI, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1999, 1-13; G. AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, agg. IV, 2000; A. LUCANTONI, *L'Autorità garante per le comunicazioni: una regolatrice a tutto campo*, in *Diritto e istituzioni della regolazione*, a cura di S. VALENTINI, Milano, 2005.

¹⁹ Sul rapporto tra l'applicazione della regolazione di settore e l'intervento di repressione degli illeciti *antitrust* nel campo delle comunicazioni elettroniche la letteratura è molto ampia. Si vedano, tra i molti, F. DI PORTO, *La regolazione "geneticamente modificata": c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, 6, 946; H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC*, EUI Working Paper, 2007; J. VICKERS, *Competition Law and Economics: a mid-Atlantic viewpoint*, in *Eu. Competition Journal* 2007, 1; G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *Comp. Law Rev.*, 2008, 2; F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, in *www.giustamm.it* 29/12/2009; P. IBÁÑEZ COLOMO, *On the Application of Competition*

L'attività regolatoria dell'Agcom è disciplinata in larga parte dalla normativa di derivazione europea. In particolare, il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, rappresenta il recepimento di una serie di direttive europee che hanno interamente riformato la regolazione di settore per gli Stati membri²⁰. Tale normativa prevede una necessaria collaborazione nell'attività regolatoria tra le autorità di regolamentazione dei diversi Stati membri, la Commissione europea e il Berec (*Body of European Regulators for Electronic Communications*) per garantire lo sviluppo di prassi regolamentari coerenti e l'armonizzazione nell'applicazione delle direttive europee recepite con il Codice. L'autorità nazionale è tenuta ad attribuire la massima rilevanza alle osservazioni dei soggetti sopra menzionati²¹. Inoltre, il procedimento di adozione dei provvedimenti regolatori maggiormente significativi (concernenti l'individuazione e l'analisi dei mercati rilevanti, l'accesso e l'interconnessione, gli obblighi nei confronti degli operatori dotati di un significativo potere di mercato, e che siano tali da influenzare gli scambi tra Stati membri) prevede un vero e proprio coinvolgimento della Commissione, del Berec e delle autorità nazionali di regolamentazione, disciplinato dall'art. 7 della c.d. direttiva quadro.

Nel campo delle comunicazioni elettroniche, il contenzioso amministrativo appare piuttosto corposo. Da una ricerca sul portale istituzionale della giustizia amministrativa, inserendo le parole chiave "comunicazioni elettroniche", risultano pubblicate quarantasei sentenze del Consiglio di Stato nell'anno 2020 e cinquantanove nell'anno 2019 (quasi il doppio rispetto alle ventisei del 2018), cinquantotto del TAR Lazio, sede di Roma, per l'anno 2020 e cinquantasei per l'anno 2019 (anche in questo caso in sostanziale aumento, a fronte delle qua-

Law as Regulation: Elements for a Theory in *Yearbook of European Law*, 2010, 1; P.L. PARCU, *The surprising convergence of antitrust and regulation in Europe*, EUI Working Papers RSCAS, 2011, 35. Sia consentito rinviare, altresì, a L. LORENZONI, *The role of Competition Law in network industries subject to sector-specific regulation*, in *Derecho del Competencia Europeo Y Espanol*, a cura di L. ORTIZ e N. RUIZ GARCIA, vol. XI, Madrid, 2013, 243 ss.

²⁰ Si vedano, in particolare, la direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso); la direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro); la direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale); la direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. Sulla disciplina introdotta dall'Unione europea in materia si veda il volume *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, a cura di R. PEREZ, Milano, 2004.

²¹ Art. 12 Codice delle comunicazioni elettroniche. Si veda, sul tema, A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, cit.

rantuno del 2018). Le principali attività oggetto del sindacato giurisdizionale concernono misure di regolazione *ex ante*, ovvero sanzioni amministrative per violazione della disciplina di settore e di quella generale in materia di tutela dei consumatori.

Ci si limita, in questa sede, ad analizzare le pronunce del giudice amministrativo che affrontano (anche implicitamente) il tema delle valutazioni tecnico-discrezionali delle autorità coinvolte nel processo regolatorio in materia di comunicazioni elettroniche e, in particolare, dell'Agcom. Il periodo preso in esame coincide, principalmente, con l'ultimo decennio, sebbene, alcuni filoni di contenzioso presi in esame siano stati attivati antecedentemente.

Non saranno, pertanto, prese in esame le sentenze relative all'installazione di impianti di comunicazioni elettroniche – che attengono maggiormente a questioni di governo del territorio e coinvolgono enti pubblici territoriali – né quelle in materia di sanzioni comminate per la violazione della disciplina in materia di pratiche commerciali sleali, incentrate prevalentemente sul problematico riparto di competenze tra Agcom e Agcm in materia²².

Gli ambiti di contenzioso maggiormente significativi, in termini numerici, hanno avuto ad oggetto, in primo luogo, il tema della ripartizione del costo del servizio universale di telefonia fornito da Telecom Italia s.p.a. ai sensi dell'art. 58 del Codice delle comunicazioni elettroniche²³ e, in secondo luogo, una delle funzioni regolatorie più

²² L'individuazione di un chiaro riparto di competenze tra autorità Antitrust e Agcom si è rivelato problematico soprattutto in materia di pratiche commerciali sleali. Sul tema, nell'ultimo decennio, si sono succeduti numerosi interventi normativi e giurisprudenziali, tra i quali Cons. St., sez. I, parere 3 dicembre 2008, n. 3999; Cons. St. Ad. Plen.11 maggio 2012, n. 11, n.12, n.13, n.14, n.15 e n.16. Si vedano, poi, l'articolo 23, comma 12-quinquiesdecies, D.l. 6 luglio 2012, n. 95, aggiunto dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135; TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2013, n. 1742, n. 1752 e n. 1754; autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 24467 «Adeguamento a giurisprudenza TAR su competenza Agcom» in Bollettino Settimanale Anno XXIII – n. 38, pubblicato sul sito www.agcm.it, 30 settembre 2013; procedura d'infrazione n. 2013/2169 del 18 ottobre 2013, ai sensi dell'articolo 260 del Trattato, per violazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno; articolo 1, comma 6, lett. a), D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE; Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 3 e n. 4. Da ultimo, si vedano le rimessioni alla Corte di giustizia in ordine alla autorità competente a sanzionare un operatore economico per pratica commerciale scorretta, TAR Lazio, Roma, sez. I, ord. coll., 17 febbraio 2017, n. 2547 e Cons. St., sez. VI, ord. coll., 17 gennaio 2017, n. 167 e n. 168, sfociate nella pronuncia della CGUE del 13 settembre 2018, nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17. Tale sentenza è riportata nelle più recenti sentenze amministrative sul tema. Tra le molte, TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 aprile 2019, n. 922. Per alcune considerazioni sul tema, precedenti a questi ultimi interventi giurisprudenziali, sia consentito rinviare a L. LORENZONI, *Il Riparto di competenze tra autorità Independenti nella repressione delle Pratiche Commerciali Scorrette*, in *Rivista Italiana di Antitrust/Italian Antitrust*, 2015, 1 83-132.

²³ Si vedano, senza pretese di esaustività, TAR Lazio, Roma, 14 gennaio 2002, nn. 249, 250,

delicata dell'Agcom, ossia quella inerente alla determinazione delle condizioni tecniche ed economiche di accesso alle infrastrutture di proprietà di Telecom²⁴. La giurisprudenza presa in esame riguarda, principalmente, profili di regolazione *ex ante* relativi, pur se sotto diverse angolature, al rapporto tra il monopolista storico e proprietario della rete e i *newcomers*, le imprese nuove entranti nel mercato. Nelle numerose pronunce adottate di recente sulle suddette questioni è stato affrontato espressamente il tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale in materia di comunicazioni elettroniche.

Altre sentenze in materia di discrezionalità tecnica nel settore delle comunicazioni elettroniche hanno riguardato l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie agli operatori economici per violazione di diverse discipline di settore riguardanti, ad esempio, i titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali, ovvero gli obblighi inerenti l'autorizzazione generale²⁵; la revisione delle voci di listino per le prestazioni a fini di giustizia effettuate a fronte di richieste di intercettazioni e di informazioni da parte delle competenti autorità giudiziarie per gli operatori telefonici²⁶; l'assegnazione di frequenze televisive alle emittenti locali²⁷; le condizioni giuridiche ed economiche di restituzione degli invii affidati ad altri operatori e rinvenuti nella rete di Poste Italiane²⁸; i provvedimenti di autorizzazione di offerte commerciali da parte dell'operatore dominante nel mercato delle comunicazioni elettroniche e fornitore del servizio universale²⁹; i provvedimenti di proroga dei diritti d'uso di alcune bande di frequenza³⁰.

quest'ultima riformata da Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003 n.7257; TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2007, nn.11258, 11260, 11261, 11262 riformate in appello da Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 243; 5 febbraio 2010, n.535; 26 gennaio 2010 n. 281; 9 febbraio 2010 n. 644; TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 maggio 2014 n. 4926, confermata in appello dal Con. Stato, sez. III, 7 luglio 2015 n. 3388. Da ultimo, si vedano TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 aprile 2019 n. 4934; TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 2019, 7783; TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2018, nn. 6458, 6459, 6461 e 6463, riformate dal Cons. St., sez. VI, 08 ottobre 2019, n. 6881 3; TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 febbraio 2020, n. 2542. Si vedano, altresì, Cass. Civ., sez. un., 24 giugno 2011, n. 13905; Cass. Civ. sez. un. 20 gennaio 2014, n. 1013; Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30974; Cass. Civ. sez. un. 09 aprile 2018, n. 8719.

²⁴ Cons. St., sez. III, 02 aprile 2013, n. 1856; TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2015, nn. 2769, 2772, 2775; TAR Lazio, Roma, sez. I 9 marzo 2015 n. 3916, sulle quali si veda A. PRETO, *Unbundling 2013 e Tar del Lazio, «turning point» della regolazione*, in *Corriere delle comunicazioni*, 16 marzo 2015, su www.corrierecomunicazioni.it, parzialmente riformate dalla sentenza Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143; Cons. St., sez. VI, 05 settembre 2018, n. 5215.

²⁵ TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 gennaio 2019, n. 235; TAR Lazio, Roma sez. III, 19 luglio 2018, n. 8151; da ultimo TAR Lazio, Roma, 3 maggio 2019, n. 5625; da ultimo, TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 giugno 2020, n. 5908, sulla quale risulta attualmente pendente l'appello.

²⁶ TAR Lazio, Roma, sez. 9 aprile 2019 n. 4600, n. 4604, n. 4596, n. 4594.

²⁷ Cons. St., sez. III, 01 marzo 2018, n. 1272.

²⁸ Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4460.

²⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10920; TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 febbraio 2020, n. 2375; Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257; TAR Lazio, Roma, sez. III, del 21 febbraio 2018 n. 2010, confermata da Cons. di Stato, sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2790.

³⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

3. *I principali orientamenti della giustizia amministrativa: l'approccio di deferenza*

Nell'ambito dell'ampia e variegata giurisprudenza in materia, è possibile individuare un primo orientamento del giudice amministrativo piuttosto deferente, che si limita, in sostanza, a fare proprie le valutazioni dell'autorità di settore, sulla base dell'osservazione che esse sarebbero state frutto di una lunga ed accurata istruttoria.

In questo orientamento rientrano, ad esempio, le sentenze adottate dai giudici di primo grado in materia di sanzioni per la violazione degli obblighi inerenti ai titoli abilitativi per l'offerta al pubblico dei servizi postali da parte di gruppi societari operanti nel settore dei servizi di corriere espresso. Il giudice amministrativo ha valutato come esaustiva l'istruttoria svolta dall'Agcom, che ha riguardato «l'esame di copiosa documentazione, in parte acquisita nel corso delle verifiche svolte e, in parte, fornita dagli affiliati»³¹, volto ad evidenziare l'esistenza di una rete unitaria di fornitura del servizio. Sulla base di tale osservazione, è stato escluso che la valutazione dell'autorità potesse essere qualificata «irragionevole»³².

Analogo atteggiamento deferente ha mostrato il TAR in relazione a sanzioni comminate dall'autorità per comunicazioni audiovisive ritenute incentivanti comportamenti pregiudizievoli per salute e sicurezza. La valutazione dell'autorità è stata ritenuta esaustivamente motivata «nonché esente da evidenti profili di illogicità, irrazionalità o errore di fatto»³³.

Pare utile evidenziare, fin da subito, la difformità di tali pronunce rispetto ai generali principi che si sono affermati, con sempre maggior forza, nel nostro ordinamento in materia di pienezza del sindacato sulle sanzioni comminate da parte delle autorità amministrative indipendenti³⁴.

³¹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 luglio 2018, n. 8151; TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 gennaio 2019, n. 235; TAR Lazio, Roma, 3 maggio 2019, n. 5625. Si veda, da ultimo, TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 giugno 2020, n. 5908, sulla quale risulta esser stato proposto appello, del quale non è ancora pubblicato l'esito.

³² «Sulla base di tali premesse non può dirsi “irragionevole” la valutazione compiuta dall'autorità circa la qualificazione sostanziale dei contratti o accordi commerciali stipulati tra *Posta Power GmbH* e i diversi operatori postali facenti parte della rete di imprese coordinata dalla ricorrente» (TAR Lazio, Roma, 3 maggio 2019, n. 5625).

³³ TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 2 dicembre 2020, n. 12883 e 12884, dove i giudici affermano che «il controllo giudiziale sulle valutazioni di competenza dell'autorità indipendente deve limitarsi a verificare se “la risposta fornita dall'autorità nella “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati e nel loro raffronto con i fatti accertati rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto” (Cons. di Stato, sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943), senza tuttavia spingersi fino a sindacare l'opinabilità, e pertanto il merito, delle stesse». Le sentenze, tuttavia, hanno accolto le doglianze limitatamente alla quantificazione della sanzione, ritenuta sproporzionata rispetto alle violazioni commesse.

³⁴ Come affermato in dottrina, infatti, «è chiaro che tecniche e modalità di sindacato possono

Anche in materia di determinazione ministeriale delle tariffe per le prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni a fronte di richieste di intercettazioni e di informazioni provenienti dall'autorità Giudiziaria, il Collegio giudicante di primo grado ha avallato il provvedimento poiché preceduto da «un'intensa e mirata attività istruttoria, che si è concretizzata nella costituzione [...] di un gruppo di lavoro, al quale sono stati attribuiti compiti di analisi ed elaborazione delle voci di costo necessarie per l'aggiornamento del listino»³⁵.

Analogamente, in casi relativi all'assegnazione di frequenze televisive alle emittenti locali per la Regione Lazio, nonché al Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre, il fatto che gli enti coinvolti nel processo regolatorio fossero stati ausiliati da un apposito supporto tecnico da parte di un soggetto dotato di specifica competenza nel settore³⁶ è stato determinante nel restringere il sindacato del giudice³⁷.

cambiare a seconda che si stia discutendo di attività di regolazione o di natura invece provvedimento, magari sanzionatoria, per la diversa ampiezza del potere e per la diversa consistenza delle posizioni giuridiche soggettive degli interessati» (S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit.). Di recente, la materia del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle autorità indipendenti, ha costituito oggetto di ampio dibattito, scaturito dalle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 414 e sez. II, 4 marzo 2014, ricorso 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053, con nota di M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*. Su tali pronunce, si vedano, tra i molti, M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1602 e ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. Amm.*, 2018, 1, 1. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. process. amm.*, 2018, 4, 1207; L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo. Il caso delle intese anticoncorrenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1325.

³⁵ TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2019, n. 4596.

³⁶ Si trattava, nel caso specifico della Fondazione Bordoni, ente morale senza fine di lucro, sottoposto alla vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico, avente lo scopo di effettuare e sostenere ricerche e studi scientifici ed applicativi nelle materie delle comunicazioni elettroniche, dell'informatica, dell'elettronica, dei servizi pubblici a rete, della radiotelevisione e dei servizi audiovisivi e multimediali in genere, al fine di promuovere il progresso scientifico e l'innovazione tecnologica. Tale Fondazione coadiuva operativamente lo stesso Ministero, altre Amministrazioni pubbliche e autorità amministrative indipendenti, tra cui Agcom, nella soluzione delle problematiche di carattere tecnico, economico, finanziario, gestionale, normativo e regolatorio connesse alla loro attività.

³⁷ Cons. St., sez. III, 01 marzo 2018, n. 1272. Si veda, in senso analogo, TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2021, n. 1206 dove si legge «sul piano tecnico (e nei limiti in cui può spingersi il sindacato del Giudice Amministrativo su valutazioni di natura prettamente tecnica) la delibera 39/2019/CONS spiega ampiamente la scelta compiuta dall'autorità che, lungi dall'apparire illogica

In altri casi, la giurisprudenza sembra essersi accostata all'approccio più risalente, confinando il sindacato ad un giudizio meramente estrinseco sulla legittimità formale del provvedimento e qualificando l'attività valutativa delle autorità indipendenti come esercizio di vera e propria discrezionalità amministrativa. Ad esempio, in relazione ad un provvedimento dell'Agcom in materia di condizioni giuridiche ed economiche di restituzione degli invii affidati ad altri operatori e rinvenuti nella rete di Poste Italiane, il Consiglio di Stato ha sostenuto che la valutazione dell'autorità in questo campo involge la necessità di ponderare una variegata serie di aspetti, interessi e obiettivi (come l'affidabilità delle reti di distribuzione postale, la posizione del fornitore del servizio universale, la libera concorrenza nel mercato dei servizi postali, ecc.), la cui composizione non è riducibile a mere valutazioni tecniche dell'autorità, bensì ad un vero e proprio giudizio di opportunità³⁸. Allo stesso modo, il TAR ha recentemente qualificato la scelta esercitata nella definizione del piano di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre come pienamente discrezionale, se non addirittura politica, essendo contenuta in una norma di legge a carattere programmatico e, come tale, non censurabile³⁹.

4. *La giurisprudenza favorevole ad un sindacato maggiormente penetrante*

Un diverso orientamento appare, invece, favorevole ad un sindacato maggiormente incisivo, esteso anche all'indagine sul contenuto dei concetti giuridici indeterminati utilizzati nella disciplina settoriale (mercato rilevante; sostituibilità fra servizi; orientamento al costo dei canoni di accesso alla rete; inclusività ed abbordabilità del servizio universale...). In questi casi, sebbene la decisione del giudice sia stata adottata principalmente mediante il riferimento alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e, in particolare, sotto il profilo del difetto di istruttoria e della conseguente carenza di motivazione, in concreto ha mostrato un atteggiamento molto più intrusivo del giudice amministrativo rispetto alle scelte regolatorie. Questo indirizzo è stato avallato in più occasioni dalle Sezioni Unite della Cassazione, chiamate a decidere se tali pronunce esorbitassero i limiti esterni della giurisdizione. Esso ha riguardato prevalentemente controversie aventi ad oggetto il mercato della telefonia mobile e, in particolare, i rapporti tra operatore storico e nuovi entranti in tale mercato.

o immotivata, si è basata su analisi svolte dalla Fondazione Ugo Bordonis». La sentenza TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2021, n. 1204 ha qualificato la scelta esercitata in tale campo come pienamente discrezionale, se non addirittura politica, essendo contenuta in una norma di legge a carattere programmatico e, come tale, non censurabile.

³⁸ Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4460.

³⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2021, n. 1204.

4.1. *Il contenzioso in materia di ripartizione del costo degli obblighi per la fornitura del servizio universale.*

Un tema particolarmente controverso in materia di regolazione delle comunicazioni elettroniche è stato quello della ripartizione del costo netto degli obblighi per la fornitura del servizio universale da parte di Telecom Italia s.p.a. Il presupposto sul quale si basa tale ripartizione è la sussistenza di un sufficiente grado di sostituibilità tra i servizi di telefonia mobile e fissa, tale da identificarli come unico mercato di servizi di comunicazione. Sulla base della ritenuta fungibilità fra i servizi di telefonia fissa e mobile, l'Agcom ha adottato, tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, numerosi provvedimenti con i quali ridistribuiva fra tutti gli operatori del mercato i costi sostenuti da parte di Telecom s.p.a. per la prestazione del servizio universale. Tali provvedimenti sono stati impugnati, a più riprese, dalle imprese operanti esclusivamente nel settore della telefonia mobile che hanno contestato la considerazione unitaria dei due diversi servizi di telefonia fissa e mobile, negando di conseguenza il proprio onere di partecipazione alla ripartizione del costo del servizio universale, afferente esclusivamente al servizio di telefonia fissa. Nella maggior parte dei casi, il giudice amministrativo ha accolto i ricorsi, quantomeno in secondo grado, contestando l'istruttoria operata dall'autorità per dimostrare la sostituibilità dei due servizi⁴⁰.

Queste decisioni del Consiglio di Stato sono state poste all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Il gestore del servizio universale ha sostenuto che il giudice d'appello avesse esorbitato i limiti esterni della giurisdizione amministrativa, sconfinando in una valutazione di merito riservata all'amministrazione. In particolare, si contestava che la determinazione del mercato rilevante spettasse in via esclusiva al potere amministrativo. Le Sezioni Unite hanno respinto i ricorsi, affermando che compete al giudice amministrativo il controllo sulla correttezza dei criteri giuridici, della logica, della coerenza di ragionamento e di adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione – ancorché in uso di discrezionalità tecnica – esercita i suoi poteri⁴¹. A parere della Corte, si era trattato «di un sindacato dei giudici ammini-

⁴⁰ Si vedano, tra le molte, TAR Lazio, Roma, 14 gennaio 2002, nn. 249, 250, quest'ultima riformata da Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003 n.7257; TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2007, nn.11258, 11260, 11261, 11262 riformate in appello da Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 243; 5 febbraio 2010, n.535; 26 gennaio 2010 n. 281; 9 febbraio 2010 n. 644; TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 maggio 2014 n. 4926, confermata in appello dal Con. Stato, sez. III, 7 luglio 2015 n. 3388. Da ultimo, si vedano TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 aprile 2019 n. 4934; TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 2019, 7783; TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2018, nn. 6458, 6459, 6461 e 6463, riformate dal Cons. St., sez. VI, 08 ottobre 2019, n. 6881; TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 febbraio 2020, n. 2542.

⁴¹ Si vedano, in questo senso, Cass. Civ., sez. un., 24 giugno 2011, n. 13905; Cass. Civ. sez. un. 20 gennaio 2014, n. 1013; Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017, n. 30974; Cass. Civ. sez. un. 09 aprile 2018, n. 8719.

strativi operato su soluzioni tecniche di problemi opinabili risolti in contrasto con le leggi e in modo irrazionale, che non ha inciso sul merito del provvedimento, ma che ha individuato i limiti normativi e logici entro cui l'atto amministrativo impugnato e la discrezionalità che in esso si manifesta può e deve essere esercitata per essere legittima»⁴². Di conseguenza, le Sezioni Unite hanno escluso che la questione attenesse ai limiti della giurisdizione del giudice amministrativo o al tipo di tutela da questo erogabile⁴³.

4.2. *La giurisprudenza sulla quantificazione dei canoni di accesso alla rete*

Un secondo importante filone di contenzioso è relativo alle determinazioni dell'Agcom che hanno quantificato l'ammontare dei canoni di accesso alla rete. In questo campo, il Consiglio di Stato ha ritenuto condivisibile l'affermazione delle appellanti sulla possibilità per il giudice di effettuare, nei confronti delle valutazioni tecnico discrezionali delle autorità indipendenti, «un sindacato pieno e penetrante», con il solo limite dell'opinabilità in relazione a concetti giuridici indeterminati, purché la motivazione esposta nel provvedimento risulti «comprensibile, attendibile secondo la scienza economica, e immune da travisamento dei fatti, da vizi logici o da violazioni di regole normative»⁴⁴. In una recente sentenza (di ben 181 pagine), il giudice di appello ha apertamente criticato l'orientamento del TAR che «trincerato dietro i limiti del sindacato sulla discrezionalità tecnica»⁴⁵, ha recepito le tesi dell'autorità senza prendere in sufficiente considerazione le difese dei privati ricorrenti. Il Consiglio di Stato ha analiticamente ripercorso tutto l'iter istruttorio che, con il coinvolgimento della Commissione europea ed il *Berec*, ha condotto alle determinazioni dell'Agcom, per esaminare l'esistenza o meno di un difetto di istruttoria o motivazione sulla rispondenza dei prezzi e le condizioni tecniche di accesso alla rete ai criteri individuati dalla disciplina europea e nazionale ed ha concluso per la riforma dei provvedimenti adottati dall'autorità nazionale⁴⁶.

⁴² Cass. Civ., sez. un., 24 giugno 2011, n. 13905.

⁴³ In senso analogo, è stato affermato che «il Consiglio di Stato ha esercitato il sindacato di legittimità in merito ai provvedimenti amministrativi impugnati, attraverso il controllo della loro motivazione e dell'adeguatezza dei dati acquisiti e valutati. Non può seriamente porsi in dubbio, infatti, che la risposta al quesito circa una ricaduta dell'espansione del servizio di telefonia mobile sul servizio di telefonia fissa, tale da rendere iniquo l'onere a carico dell'organismo incaricato della gestione del secondo, debba avvenire in base alla valutazione di una serie di dati, anche eterogenei, in funzione della quale i risultati possono anche assumere un connotato di opinabilità, comportando l'incidenza di aspetti di natura squisitamente discrezionale» (Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30974).

⁴⁴ Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Il Collegio ha statuito quanto segue: «in sintesi, è possibile censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, cosicché il sindacato non divenga sostitutivo con l'in-

4.3. *La giurisprudenza sulle autorizzazioni di offerte commerciali da parte dell'operatore dominante*

Un'ulteriore giurisprudenza ha riguardato i provvedimenti dell'Agcom che hanno autorizzato alcune offerte commerciali da parte dell'operatore dominante, ritenendole idonee a superare il cosiddetto "test di replicabilità" da parte dei concorrenti. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, infatti, l'autorità di regolazione è tenuta a verificare *ex ante* la possibilità per gli operatori del mercato di sostenere economicamente le offerte commerciali al dettaglio praticate dall'impresa dominante che opera anche nel mercato all'ingrosso, in regime verticalmente integrato. Ciò è previsto al fine di evitare che quest'ultima adotti pratiche abusive escludenti, riconducibili alla cosiddetta "compressione dei margini", praticando prezzi finali inferiori ai costi di produzione, grazie alla propria posizione dominante sul mercato a monte, non replicabili da parte degli operatori concorrenti che utilizzano servizi di accesso e interconnessione all'ingrosso⁴⁷.

troduzione di una valutazione parimenti opinabile. Qualora residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, la valutazione compiuta dall'autorità non può ritenersi viziata se, attraverso le motivazioni esposte, risulti comprensibile, attendibile secondo la scienza economica, e immune da travisamento dei fatti, da vizi logici o da violazioni di regole normative». Il Collegio ha precisato che le impugnazioni in esame si erano mantenute nei limiti del sindacato di legittimità consentito al giudice amministrativo. La sentenza ha ribadito il principio per cui «il limite del sindacato giurisdizionale, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia [antitesi] forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e [...] soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, "le regole del gioco"; e sottolineare che, anche nel presente giudizio, il controllo invocato, di volta in volta, dagli operatori economici appellanti, sulla correttezza del modello economico in concreto applicato dal Agcom a fini di regolazione, "non mira a sostituire la valutazione del giudice a quella della competente autorità, ma solo a verificare se tale modello, una volta adottato, sia stato coerente nei suoi sviluppi proprio alla luce delle finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire. L'incoerente o incompleta applicazione di quel modello, ponendosi in contrasto con i principi che l'informano, può infatti frustrare le stesse finalità che hanno giustificato la sua adozione, essendo indubbio che anche teorie o principi economici possano essere applicate ben al di là del loro margine di elasticità e opinabilità, con risultati non consentanei alle loro premesse e, dunque, erronei» (Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143).

⁴⁷ Il cosiddetto "*margin squeeze*" si configura quando il differenziale tra il prezzo dell'input, fornito dall'impresa dominante nel mercato a monte – impresa verticalmente integrata –, e il prezzo dell'output, offerto da quest'ultima sul mercato a valle, risulta essere negativo o insufficiente a coprire i costi di un operatore, attivo nel downstream market, efficiente quanto l'impresa che attua tale condotta. Tale condotta costituisce un tipico esempio di intersecazione del diritto della concorrenza con la regolazione di settore. Sul tema si vedano, tra i molti, D. GERADIN, R. O'DONOGHUE, *The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 1/2005, 357; A. HEIMLER, *Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 6/2010, 884. Sia consentito rinviare, altresì, a L. LORENZONI, *The Role of Competition Law in Network Industries subject to Sector-Specific Regulation*, cit. 243-287.

Il TAR aveva annullato i provvedimenti dell'Agcom che autorizzavano le pratiche commerciali in questione, ritenendo che l'autorità, nell'analisi di replicabilità dell'offerta, dovesse tenere in considerazione non solo le caratteristiche economiche delle singole offerte, bensì anche la loro frequenza nel tempo, per valutarne il reale impatto sulle dinamiche competitive del mercato di riferimento, sebbene ciò non fosse esplicitamente previsto da alcuna disposizione regolatoria⁴⁸.

Il giudice di appello ha riformato la pronuncia di primo grado, valutandola eccessivamente intrusiva rispetto alla scelta discrezionale riservata all'amministrazione e non adeguatamente suffragata da riferimenti normativi ed elementi istruttori sufficienti a invalidare l'attività svolta dall'autorità di settore⁴⁹. Nondimeno, il Consiglio di Stato ha considerato illegittimi, sotto un diverso profilo, i provvedimenti di autorizzazione, esprimendosi, per altro verso, in favore di un sindacato pieno sull'esatta rappresentazione dei fatti e sull'attendibilità delle operazioni tecniche, purché si rimanga nell'ambito di quanto previsto dalla disciplina positiva della fattispecie rilevante⁵⁰. Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto

⁴⁸ Si veda in tal senso TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10920.

⁴⁹ Il Collegio ha così motivato: «se è pur vero che in generale sussiste la sindacabilità della discrezionalità tecnica delle determinazioni delle cc.dd. autorità indipendenti, nei termini su cui infra, è altrettanto vero che sia inibito al Giudice imporre verifiche tecniche diverse da quelle previste dal vigente quadro regolatorio. Infatti, sebbene il sindacato giurisdizionale, pieno ed effettivo, sugli atti regolatori delle autorità indipendenti si estenda anche all'accertamento dei fatti operato dall'autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili (al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico; v. sul punto, ex plurimis, Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), e implichi la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad. es., consulenza tecnica d'ufficio, verifica, ecc.), tale sindacato non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione, come avvenuto nel caso di specie, peraltro sulla base di una motivazione apodittica non supportata da specifici riferimenti normativi ed adeguati elementi istruttori (cfr. in termini Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2017 n. 4460)», Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

⁵⁰ Sotto questo diverso aspetto, il Consiglio di Stato si è espresso in senso favorevole ad un sindacato più intrusivo: «va ribadito che, relativamente ai provvedimenti tecnici delle autorità amministrative indipendenti, pur non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione in ciò che è ad essa riservato, in ordine al merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma deve estendersi, invece, dall'esatta rappresentazione dei fatti all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio – costituzionale e comunitario – di effettività della tutela giurisdizionale. Tale principio impone che l'esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l'apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili,

contraddittoria la decisione dell'autorità che aveva omesso di effettuare un test di replicabilità completo, previsto dalla disciplina di settore, semplicemente per la qualificazione dell'offerta commerciale come temporanea, nonostante, nella realtà, essa venisse sistematicamente replicata nel tempo⁵¹. In entrambe le pronunce, di primo e di secondo grado, è stata citata la precedente giurisprudenza in materia di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche. Tuttavia, a seconda delle questioni tecniche oggetto di sindacato, ne sono stati valorizzati i passaggi che giustificano atteggiamenti più o meno restrittivi.

Un'ulteriore questione rimessa all'attenzione del giudice amministrativo ha riguardato la imposizione, da parte dell'Agcom, all'ex *incumbent* nazionale e fornitore del servizio universale di formule tariffarie diverse da quelle proposte in normali condizioni commerciali, per garantire l'accesso alla rete ai consumatori a basso reddito o con esigenze sociali particolari. In questo caso, il Consiglio di Stato ha esercitato un controllo intrinseco, anche sui concetti giuridici indeterminati alla base della decisione adottata, avallando la decisione dell'autorità di impedire la manovra tariffaria dell'operatore, intesa ad indirizzare un numero sempre più consistente di utenti verso tariffe di tipo *flat*, anziché a consumo, considerata

quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte (cfr. ad es. Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888). Come ribadito ancora di recente dalla sezione (cfr. ad es. sentenza 8 ottobre 2019 n. 6881), è assodato (cfr. Cass. Civ., sez. un., n. 30974/2017), che la discrezionalità tecnica non sia espressione di un potere di supremazia della P.A., tant'è che le relative valutazioni, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti previamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale di questo Giudice, senza che ciò implichi l'invasione della sfera del merito amministrativo», Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

⁵¹ Nello specifico, il Collegio ha chiarito che, ai fini della verifica della replicabilità delle offerte al dettaglio dell'operatore dominante, l'autorità è chiamata ad applicare un duplice test di prezzo. La prima analisi (c.d. DCF) è volta a verificare il recupero dei costi complessivi, fissi e variabili, relativi all'offerta in esame e considera, pertanto, in senso complessivo costi e ricavi generati dall'insieme delle promozioni applicate all'offerta in un dato periodo di riferimento (un anno). La seconda analisi (c.d. *period by period*) mira, invece, ad accertare il recupero dei costi variabili generati da ogni nuovo cliente dell'offerta ed è pertanto applicata separatamente a ogni singola promozione. Il test DCF verifica la redditività globale dell'investimento sotteso alla commercializzazione dell'offerta, mentre la verifica *period by period* è volta ad accertare che ciascuna promozione sia caratterizzata da un livello di prezzo superiore alla soglia dei costi variabili, ossia dei costi incrementali generati dall'acquisizione del nuovo cliente che aderisce alla promozione. La sentenza di appello ha censurato la pronuncia del TAR per aver considerato meramente esemplificativa la previsione dei test di prezzo, reputando, a contrario, necessaria un'analisi unitaria delle diverse offerte, intese nella loro sommatoria e combinazione, nel lungo periodo, con riferimento all'effetto che possono avere avuto sulle dinamiche del mercato di riferimento, con ciò reputando integrato un difetto di istruttoria negli atti impugnati. Il Consiglio di Stato ha concluso imponendo all'Agcom di rideterminarsi «con una valutazione svolta ex ante circa la corretta e non contraddittoria qualificazione delle offerte in discussione, anche con riferimento all'offerta limited edition, tramite il canale web, in specie a fronte della reiterazione della stessa» (Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257, cit.)

non rispettosa dell'obbligo di garantire il servizio universale ai soggetti che, per condizioni sociali o economiche, risultano maggiormente tutelati da una tariffa connessa all'uso effettivo dei servizi⁵².

4.4. *La giurisprudenza sulla proroga dei diritti d'uso di bande di frequenza*

Infine, nel filone giurisprudenziale favorevole ad un sindacato maggiormente intenso, si segnala una recente pronuncia del TAR del Lazio, scaturita da un contenzioso concernente diversi provvedimenti di proroga dei diritti d'uso di alcune bande di frequenza ad alcuni operatori del mercato della telefonia mobile, adottati dal Mise, ed i relativi pareri dell'Agcom, impugnati dall'impresa aggiudicataria della successiva gara per l'assegnazione di frequenze analoghe⁵³. L'utilizzo delle frequenze era stato concesso agli operatori in proroga a fronte di un corrispettivo significativamente inferiore rispetto a quello offerto dall'aggiudicataria dell'asta indetta per l'assegnazione delle nuove frequenze. Il giudice amministrativo ha annullato gli atti di proroga, fondando la propria decisione su una carenza di istruttoria da parte dell'Agcom, che avrebbe reso incoerente la valutazione da parte dell'amministrazione. In particolare, il Collegio ha ritenuto «singolare che una volta individuato, in sede di gara, un corrispettivo di circa undici volte superiore a quello di riserva (o base d'asta) – l'autorità non abbia effettuato, o quanto meno subito preannunciato, un'ulteriore valutazione, (...) mostrando di ritenere congruo il contributo già fissato». Il TAR ha ritenuto che, in tale contesto, l'autorità garante non avesse esercitato «in pieno e congruamente – le funzioni regolatorie di cui era investita, sulla base di parametri non solo strettamente tecnico-giuridici, ma anche (...) “di natura prognostica, economica o sociologica”, in vista del delicato equilibrio da garantire, nell'interesse dello Stato (anche sotto il profilo finanziario), nonché a tutela degli operatori del settore, a cui dovevano assicurarsi corrette regole di mercato e paritario accesso alla concorrenza»⁵⁴. Per giustificare il proprio intervento intrusivo, il Collegio ha evidenziato le peculiarità del sindacato sugli atti discrezionali adottati dalle c.d.

⁵² Cons. di Stato, sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2790 dove si legge «che il controllo giurisdizionale deve garantire un'efficace e concreta tutela giurisdizionale, pur davanti all'esercizio della discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti. Siffatta tutela si sostanzia non solo nel controllo di logicità, congruenza e plausibilità della scelta, ma anche in quello intrinseco, se del caso mercé il ricorso alle conoscenze tecniche proprie della medesima scienza specialistica applicata dall'autorità indipendente. Si badi, però, che di fronte a valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, questo Giudice, che pur ha un ampio accesso al fatto e può conoscere di quei profili tecnici il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità, il relativo scrutinio s'invera in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità».

⁵³ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

⁵⁴ *Ibid.*

authorities, dotate di specifica competenza, di poteri esclusivi e di indipendenza dal potere politico, chiarendo che la propria valutazione si inseriva nel quadro sostanziale di un settore «nell'ambito del quale si impongono competenze specialistiche di alto profilo e strumenti istruttori di particolare complessità, non pienamente ripercorribili dal giudice amministrativo», dove «quest'ultimo, tuttavia, può utilizzare la più ampia dimensione del controllo di legittimità su atti, che siano espressione di discrezionalità tecnica, per effettuare il proprio apprezzamento in una dimensione maggiormente analitica dell'eccesso di potere, ove non risulti un'adeguata ponderazione dell'autorità, per ogni fattore rilevante ai fini della decisione da assumere»⁵⁵.

5. *Le tecniche di controllo maggiormente utilizzate: la ricostruzione del fatto, il sindacato sui concetti giuridici indeterminati e il limite del margine di opinabilità della scelta*

La giurisprudenza amministrativa in materia di discrezionalità tecnica è consolidata nell'affermare, in linea teorica, che il sindacato giurisdizionale debba estendersi in modo pieno sui fatti posti alla base dei provvedimenti impugnati, secondo i parametri della disciplina applicabile, anche mediante il ricorso allo strumento della consulenza tecnica d'ufficio⁵⁶.

Nelle decisioni esaminate in materia di comunicazioni elettroniche, tuttavia, l'indagine sui fatti assunti alla base della valutazione tecnica non sembra agevolmente distinguibile da quella sulla valutazione tecnica in senso stretto. Oltretutto, quest'ultima è generalmente svolta direttamente dagli stessi giudici amministrativi, in assenza del ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio.

La ricostruzione in fatto, nei casi studiati, tende a confondersi con l'analisi della disciplina applicabile e dei concetti giuridici indeterminati alla base dei provvedimenti impugnati (come, ad esempio, la nozione di servizio universale, di diritto di accesso non discriminatorio alla rete, o di verifica di replicabilità dell'offerta). Il giudice, ancorando la situazione fattuale ai concetti giuridici a fondamento della valutazione tecnica che ne discende, ha potuto effettuare un sindacato piuttosto penetrante, mediante l'analisi delle vicende evolutive dei mercati di riferimento, del contesto economico e sociale, dello sviluppo tecnologico.

La giurisprudenza oggetto di analisi ha fatto solo sporadicamente espresso ricorso alle categorie del sindacato «debole-forte»⁵⁷ o di «sindacato pieno

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Si veda Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601 cit. e successive pronunce conformi.

⁵⁷ Le Sezioni Unite della Cassazione, nei giudizi in materia di ripartizione del costo per il servizio universale è stato ricordato che «i provvedimenti dell'autorità garante sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili,

e penetrante»⁵⁸. Tuttavia, le nozioni tradizionali sono state spesso richiamate implicitamente. In molti casi, come anticipato, le sentenze hanno fatto riferimento al limite della opinabilità della valutazione, in relazione ai concetti giuridici indeterminati presenti nella regolazione di settore. Tale limite è stato valorizzato al fine di impedire che il sindacato del giudice possa sostituire con una propria scelta, altrettanto opinabile, quella della P.A., in assenza di un parametro giuridico per definire la legittimità della decisione amministrativa⁵⁹. Alla stregua di tale criterio, il sindacato da parte dell'organo giudiziario non dovrebbe incidere sulla selezione della metodologia scientifica di verifica dei presupposti economici di una determinata misura regolatoria, ma rimanere confinato ad una verifica circa l'esistenza di vizi di travisamento dei fatti, vizi logici o di violazioni delle regole normative che evidenzino la coerenza del modello scientifico adottato rispetto alle finalità sottese alla scelta regolatoria, mentre la scelta regolatoria finale dovrebbe essere rimessa all'autorità amministrativa di regolazione.

Tale linea è stata seguita in alcune pronunce. Ad esempio, non è stata considerata sindacabile la scelta dell'Agcom di non adottare, per l'analisi di sostituibilità, il metodo dello "SSNIP – *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* – test", utilizzato normalmente in materia *antitrust* per individuare il mercato del prodotto⁶⁰. Nello stesso senso, il Consiglio di Stato non ha ritenuto ammissibile una valutazione del giudice di primo grado sui criteri adottati dall'autorità di settore nell'analisi di replicabilità dell'offerta dell'operatore dominante⁶¹.

che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza» (Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30974). Si veda anche TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568 dove si legge che: «si parla [...] di "sindacato debole", ritenendosi non consentito per il giudice l'esercizio di un potere accertativo, anche espresso mediante affidamento ad un consulente tecnico d'ufficio delle complesse valutazioni, riservate agli organismi in questione (ad eccezione di quanto previsto per le sanzioni pecuniarie, sulle quali è ammesso un controllo più penetrante). [...] Il Collegio non ignora pronunce (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), in cui non emerge (o è addirittura esclusa) la qualificazione riduttiva di "sindacato debole", ma le sfumature lessicali non mutano il quadro sostanziale di un settore, nell'ambito del quale si impongono competenze specialistiche di alto profilo e strumenti istruttori di particolare complessità, non pienamente ripercorribili dal giudice amministrativo; quest'ultimo, tuttavia, può utilizzare la più ampia dimensione del controllo di legittimità su atti, che siano espressione di discrezionalità tecnica, per effettuare il proprio apprezzamento in una dimensione maggiormente analitica dell'eccesso di potere, ove non risulti un'adeguata ponderazione dell'autorità, per ogni fattore rilevante ai fini della decisione da assumere».

⁵⁸ Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143.

⁵⁹ Si vedano, tra le molte, TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 febbraio 2019, n.1964; TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 2019, n. 7783; Cons. St., sez. III, 02 aprile 2013, n.1856; Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

⁶⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 2019, n. 7783.

⁶¹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

La giurisprudenza, tuttavia, non ha mostrato un atteggiamento univoco. Le medesime questioni, relative, ad esempio, alla individuazione del mercato rilevante, alla posizione dell'operatore storico nella fornitura del servizio universale, alla replicabilità dell'offerta, sono state considerate in alcune sentenze come valutazioni di opportunità afferenti al merito della scelta amministrativa, in altri casi sono state oggetto di un sindacato pieno da parte del giudice.

Ad esempio, le sentenze in materia di ripartizione dei costi del servizio universale contengono precise indicazioni sui criteri che l'autorità dovrebbe seguire nell'analisi di sostituibilità. Si afferma che i suddetti criteri debbano essere non solo incentrati sull'analisi dello sviluppo del mercato della telefonia mobile, ma su come l'espansione della domanda in tale settore abbia inciso negativamente sulla domanda di telefonia fissa⁶². Le pronunce non contengono alcuna indagine sui fatti posti alla base delle decisioni amministrative oggetto di impugnazione. Sul punto, le Sezioni Unite della Cassazione hanno espressamente affermato che «la circostanza che non siano stati messi in discussione i dati fattuali delle delibere impugnate non esclude che potesse esprimersi, come in effetti è stato espresso, un giudizio di adeguatezza sugli stessi, tale da comportare un giudizio di insufficienza dell'attività istruttoria scelta e soprattutto dei parametri assunti da Agcom [...]»⁶³.

In numerosi casi, il giudizio di attendibilità sulla scelta regolatoria è stato effettuato alla luce della coerenza tra il modello economico adottato e le finalità della regolazione.

Ciò è emerso, in particolare, nelle pronunce in materia di canone di accesso alla rete. In tale ambito, è stata valutata la rispondenza del criterio economico di riferimento per il calcolo delle tariffe, rispetto all'obiettivo di favorire la concorrenza ed incentivare l'infrastrutturazione nel settore. In una pronuncia particolarmente significativa (sovente citata nelle decisioni successive), dopo un'accurata ricostruzione delle posizioni giurisprudenziali in materia di sindacato sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti, il Consiglio di Stato ha annullato il provvedimento di regolazione per insufficienza, illogicità, contraddittorietà della motivazione e difetto di istruttoria, in ordine al modello economico adottato dall'Agcom per il calcolo dei prezzi delle tariffe di accesso alla rete. La sentenza ha chiarito che «il controllo, invocato dall'appellante, sulla correttezza del model-

⁶² Si veda, ad esempio Cons. St., sez. III, 7 luglio 2015 n. 3388.

⁶³ Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30974. Nella medesima pronuncia è stato chiarito che «la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità garante implica, certo, che il giudice non possa sostituire con un proprio provvedimento quello adottato da detta autorità, ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto, in quanto la pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo».

lo economico in concreto applicato dal Agcom sul piano regolatorio non mira, in alcun modo, a sostituire la valutazione del giudice a quella della competente autorità, ma solo a verificare se tale modello, una volta adottato, sia stato coerente nei suoi sviluppi proprio alla luce delle finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire. L'incoerente o incompleta applicazione di quel modello, ponendosi in contrasto con i principi che l'informano, può infatti frustrare le stesse finalità che hanno giustificato la sua adozione, essendo indubbio che anche teorie o principi economici possano essere applicate ben al di là del loro margine di elasticità e opinabilità, con risultati non consentanei alle loro premesse e, dunque, erronei»⁶⁴. Il Collegio ha, quindi, imposto all'autorità di verificare «con un'analisi di tipo comparato e mediante un adeguato approfondimento istruttorio, se la strada indicata dalla Commissione (...) sarebbe stata preferibile (...) non soltanto per consentire una miglior concorrenza tra gli operatori, ma proprio per favorire una maggior infrastrutturazione»⁶⁵.

Sempre in materia di tariffe di accesso alla rete, il Consiglio di Stato ha riformato le decisioni amministrative sulla base dell'esame delle osservazioni della Commissione europea sul procedimento di adozione dei provvedimenti dell'Agcom e di quelle degli operatori privati. Il Collegio ha, quindi, ritenuto non rigorosa la determinazione da parte del regolatore italiano del prezzo all'ingrosso rispetto alla necessaria corrispondenza al metodo di orientamento al costo previo efficientamento dei costi dell'*incumbent*, alla luce della finalità di favorire l'accesso dei nuovi operatori e di promuovere l'infrastrutturazione e l'ammodernamento della rete⁶⁶.

⁶⁴ Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645. Per il giudizio di ottemperanza sulla sentenza si veda Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n.5707, che ha respinto le censure di elusione del giudicato da parte del provvedimento successivamente adottato dall'Agcom affermando che «il sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità tecnica, persino in sede di ottemperanza, ha ad oggetto che la falsificabilità, e non già la falsità, del modello scientifico prescelto dall'Amministrazione e verifica se tale modello, una volta prescelto dall'autorità competente, sia poi applicato da essa coerentemente e conformemente alle premesse, regole e ai principi propri di quel modello e, cioè, iuxta propria principia, senza giungere a risultati aberranti o, per la divergenza del risultato rispetto al fine del potere esercitato, sconfinanti nell'eccesso di potere. Il giudice amministrativo non può sostituire il proprio modello scientifico a quello individuato dall'Amministrazione, ma solo verificare se l'ipotesi in concreto seguita dall'Amministrazione si sia avverata, e sia quindi verificabile, secondo i principi e le regole del modello. Tali principi e tali regole, nel caso, però, della scienza economica, non sono fissi, rigidi e immodificabili, poiché essi, proprio per l'oggetto di questa, hanno un grado o un margine di elasticità e di opinabilità tale da giustificare, come in questo caso l'autorità ha motivatamente giustificato, l'adozione di formule miste o di soluzioni "miste", purché nel complesso garantiscano la coerenza e l'efficienza degli obiettivi in concreto raggiunti dall'Amministrazione rispetto alla causa del potere che le è attribuito».

⁶⁵ Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645.

⁶⁶ Il Consiglio di Stato ha riformato le sentenze di primo grado che avevano avallato la decisione dell'Agcom, nonostante essa fosse difforme dal parere della Commissione europea. Tali pronunce avevano escluso la sussistenza di particolari vizi di manifesta irragionevolezza o di grave

Nella giurisprudenza in materia di analisi di replicabilità dell'offerta commerciale dell'operatore dominante, il TAR ha ritenuto necessario un accertamento da parte dell'autorità sull'impatto nel lungo periodo della suddetta proposta commerciale sul mercato, sebbene tale indagine non fosse prevista da alcuna disposizione regolatoria, sostenendo che fosse «implicitamente richiesto dalle disposizioni regolatorie in tema di valutazione di replicabilità»⁶⁷ alla luce della *ratio* posta a fondamento di tali disposizioni, ossia la valutazione del «limitato impatto concorrenziale» dell'offerta. Sul punto, lo stesso TAR ha ritenuto necessario specificare che la propria pronuncia non mirava «a svolgere un sindacato di tipo sostitutivo rispetto all'esercizio della discrezionalità tecnica già compiuto e riservato all'Agcom»⁶⁸ ed ha fatto ricorso al difetto di istruttoria per giustificare il proprio intervento. Sulla medesima questione, anche il giudice di appello, pur sotto un diverso profilo (secondo il Consiglio di Stato, maggiormente aderente al dato normativo), ha sindacato il metodo seguito dall'Agcom nell'autorizzare la proposta commerciale, sempre invocando le finalità della regolazione di settore: tutela della concorrenza fra operatori, mediante una regolazione asimmetrica in grado di «correggere» le problematiche derivanti dal ruolo dell'incumbent verticalmente integrato⁶⁹.

Analogamente, valorizzando la finalità pro-concorrenziale della regolazione, in materia di proroga per i diritti d'uso delle frequenze, il giudice amministrativo di primo grado ha concluso nel senso che l'assegnazione delle frequenze agli operatori in proroga, a condizioni nettamente più vantaggiose rispetto a quelle accordate all'operatore aggiudicatario della gara per frequenze sostanzialmente analoghe, producesse un'inammissibile alterazione delle regole di mercato. Il TAR ha fondato la propria decisione sulla ricostruzione del quadro normativo e regolatorio ed ha concluso nel senso che i provvedimenti impugnati fossero in contrasto con i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità ad esso sottesi⁷⁰.

ingiustizia e concluso per la non sindacabilità delle scelte dell'autorità considerate valutazioni di merito. Su tali pronunce, prima dell'esito dell'appello, si era soffermata la dottrina che aveva individuato il tale giurisprudenza «una lettura teleologica delle norme europee di settore», volta a ricercare «una soluzione giurisdizionale coerente e condivisa», tesa «al consolidamento dell'ordinamento di settore in prospettiva non solo nazionale, ma europea» (A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, cit., 139). Il Consiglio di Stato ha giustificato il proprio intervento affermando che «non viene chiesto al giudice di sostituirsi ad una valutazione opinabile spettante ad Agcom, ma solo di sindacare una lacuna fondamentale del procedimento di determinazione del prezzo, così che, una volta riscontrata l'illegittimità derivante dal mancato orientamento al costo, spetterà poi ad Agcom in sede conformativa rivedere le tariffe» (Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143). La decisione finale viene, quindi, rimessa all'autorità di settore, alla quale il giudicato ha imposto l'obbligo di riconsiderare motivatamente le parti dei provvedimenti interessate, tenendo conto dei profili critici indicati.

⁶⁷ TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10920.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257 cit.

⁷⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

Infine, nella giurisprudenza in materia di obblighi tariffari per l'operatore assegnatario del servizio universale, il Consiglio di Stato ha espressamente posto a fondamento del proprio giudizio le finalità «che, in base alla legislazione UE e nazionale vigente in materia di SU, vanno perseguite dall'autorità, tra cui l'obbligo per il soggetto onerato di SU d'esprimere almeno un'offerta che soddisfi i requisiti essenziali del servizio stesso», ossia, un'offerta a consumo ad un prezzo accessibile⁷¹.

6. *Alcuni possibili elementi determinanti rispetto all'intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche in materia di comunicazioni elettroniche: le finalità e l'oggetto della regolazione di settore*

Alla luce della precedente analisi giurisprudenziale, l'intensità del sindacato del giudice amministrativo sulle scelte regolatorie dell'autorità di settore in materia di comunicazioni elettroniche appare diversificata a seconda dell'oggetto della controversia. In alcuni casi, il giudice amministrativo – soprattutto di secondo grado e su questioni oggetto di un contenzioso seriale – è entrato in modo piuttosto significativo nella sostanza della decisione, in particolare per quanto concerne la configurazione dei mercati di riferimento e della quantificazione del canone di accesso alla rete. In altri casi, il giudice si è limitato ad esercitare un sindacato estrinseco, lasciando impregiudicate le valutazioni alla base delle decisioni amministrative impugnate.

La lunghezza e complessità del procedimento, con il coinvolgimento anche delle istituzioni europee, accanto all'elevata *expertise* tecnica dell'amministrazione, hanno agito in alcuni casi come freno, in altri come strumento per un maggiore attivismo dei giudici.

Come anticipato, in alcune sentenze, l'intensità e l'approfondimento dell'attività istruttoria svolta dall'autorità è stata utilizzata come argomento per giustificare un atteggiamento deferente da parte del giudice. Ciò è avvenuto, ad esempio, in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico dei servizi postali da parte delle imprese operanti nel mercato del corriere espresso⁷²; di determinazione delle tariffe per le intercettazioni richieste dall'autorità Giudiziaria⁷³; di assegnazione di frequenze televisive alle emittenti locali⁷⁴.

In altre, invece, le valutazioni degli altri organismi coinvolti nel procedimento (in particolare, la Commissione europea ed il *BEREC*), sono state poste a fondamento della valutazione sull'illegittimità dei provvedimenti adottati

⁷¹ Cons. di Stato, sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2790.

⁷² TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 luglio 2018, n. 8151; TAR Lazio, Roma sez. III, 8 gennaio 2019, n. 235; TAR Lazio, Roma, 3 maggio 2019, n. 5625.

⁷³ TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2019 n. 4596.

⁷⁴ Cons. St., sez. III, 01 marzo 2018, n. 1272.

dall'autorità di regolazione nazionale. Ciò è avvenuto in modo particolarmente evidente in materia di quantificazione dell'ammontare dei canoni di accesso alla rete, dove il Consiglio di Stato ha esercitato un sindacato particolarmente intenso sulla decisione amministrativa dell'autorità, ripercorrendo interamente l'istruttoria da essa svolta⁷⁵. In altri casi, la consultazione pubblica che aveva preceduto l'adozione delle misure tecniche oggetto del giudizio, cui avevano partecipato tutti gli operatori del settore, non è stata considerata sufficiente ad impedire l'intervento giurisdizionale⁷⁶.

Il diverso atteggiamento del giudice amministrativo di fronte alle valutazioni tecniche complesse può essere ricondotto ad alcune considerazioni generali da parte del giudice circa il peso degli interessi pubblici coinvolti, che sembrano aver condizionato implicitamente il sindacato.

Un esempio utile in tal senso si può evincere dall'analisi dei casi relativi al canone di accesso alla rete. In tale contenzioso, la considerazione da parte del Collegio dell'interesse pubblico ad incentivare gli investimenti nell'infrastruttura da parte dell'operatore storico ha giustificato un sindacato maggiormente incisivo. Infatti, la scelta dell'Agcom di riportare il costo di accesso alla rete alle condizioni effettive dell'infrastruttura, invece che ad un modello teorico di rete efficiente e moderna, è stato ritenuto un possibile freno allo sviluppo tecnologico ed all'efficientamento dell'infrastruttura, consentendo, sostanzialmente, al gestore di coprire i costi delle proprie inefficienze con i canoni pagati dai fornitori dei servizi di comunicazioni elettroniche. Tale contenzioso assume, peraltro, particolare interesse sotto il profilo del bilanciamento tra interessi pubblici e privati. Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del TAR per non aver sufficientemente considerato le tesi dei privati ricorrenti, aderendo acriticamente alla ricostruzione Agcom e non attribuendo la necessaria rilevanza a quanto emerso dalle consultazioni con gli operatori del mercato prodromiche all'adozione dei provvedimenti impugnati.

Nel caso della contribuzione agli oneri del servizio universale, i Collegi giudicanti sembrano essersi basati, altresì, su considerazioni di ordine generale circa l'evoluzione dei mercati di telefonia fissa e mobile e su regole di comune esperienza, al fine di individuare un criterio che consentisse di ripartire gli oneri del servizio universale in modo coerente con le finalità della regolazione asimmetrica di favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato. I giudici hanno, infatti, evidenziato in più occasioni come il significativo sviluppo del mercato della telefonia mobile non abbia avuto, soprattutto tra fine anni Novanta e primi anni Duemila (quando venivano adottati i provvedimenti impugnati), un rilevante impatto su quello della telefonia fissa⁷⁷. Le suddette affermazioni, tuttavia, non

⁷⁵ Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143.

⁷⁶ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

⁷⁷ Si veda, a titolo di esempio la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 maggio 2014 n.

sono fondate su precise analisi di mercato effettuate da appositi organismi tecnici, bensì su ciò che il Collegio ha ritenuto “notorio” sulla base dell’esperienza comune⁷⁸.

Gli effetti concreti dell’intervento regolatorio sul mercato sono risultati determinanti, altresì, nel contenzioso relativo alle autorizzazioni delle offerte commerciali dell’operatore dominante. In tale ambito, il giudice di primo grado ha ritenuto necessaria, ai fini dell’analisi di replicabilità dell’offerta, la considerazione della frequenza nel tempo delle promozioni, pur non imposta da alcuna disposizione regolatoria. La reiterazione delle pratiche commerciali dell’operatore dominante, autorizzate dall’Agcom, è stata valutata dal giudice per evidenziarne l’effetto significativo sulle dinamiche del mercato di riferimento, anche alla luce anche del numero complessivo di attivazioni conseguite⁷⁹. Il Collegio ha ritenuto di annullare i provvedimenti sulla base di un «“dato di fatto” oggettivo e non eludibile»⁸⁰, costituito dalla reiterazione di analoghe promozioni in un pro-

4926, dove si legge: «è infatti notorio – e comunque verrà ulteriormente chiarito nella decisione – che la possibilità di sostituzione è andata crescendo nel tempo, con l’affinamento della tecnologia, l’incremento degli impianti destinati alla telefonia mobile, e il maggior uso della stessa da parte della popolazione: così, se si dovesse escludere per il 2003 una possibile sostituzione, ciò varrebbe a maggior ragione per gli anni precedenti, cui si riferiscono gli altri contenziosi».

⁷⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 maggio 2014 n. 4926.

⁷⁹ Ad esempio, il TAR di Roma ha affermato che «rientra nel notorio non solo che attualmente la telefonia fissa e quella mobile sono largamente integrate, ma altresì che, dopo l’introduzione, nella seconda metà del trascorso decennio, degli standard 3G (3[§] generazione) – come *UMTS* e *HSPA* – accompagnata dalla propagazione delle celle, quella mobile ha ormai raggiunto un grado di efficienza, anche nel servizio di trasmissione dati, tale da indurre un numero crescente di utenti a rinunciare alla linea fissa (e alle relative spese) adeguatamente surrogata da quella mobile. È dunque possibile sostenere che, negli ultimi anni, si è creato un adeguato livello di concorrenzialità del mercato tra fisso e mobile – per cui l’onere sopportato dal gestore del servizio universale va debitamente ripartito anche con i gestori di telefonia mobile; ma è assai più opinabile che ciò fosse già vero nel periodo compreso tra il 1999 e il 2003». La sentenza ha affermato che le promozioni offerte dall’*incumbent*, «per come proposte, finivano per integrare una offerta sostanzialmente stabile i cui effetti in termini di acquisizioni di nuovi clienti non possono essere esaminati solo in modo frazionato, soltanto cioè con riguardo ad un singolo mese (come l’AGCOM mostra di avere fatto), bensì sono da valutare anche in modo “aggregato”, facendo cioè riferimento all’intero periodo di loro reiterazione» (TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10920).

⁸⁰ La presente pronuncia non mira a svolgere un sindacato di tipo sostitutivo rispetto all’esercizio della discrezionalità tecnica già compiuto e riservato all’AGCOM, né, in questa ottica, questo Giudice può affermare che le promozioni TIM SMART in contestazione debbano necessariamente essere sottoposte, ora per allora, al test di replicabilità aggravato (DCF e PdP), trattandosi di valutazione altamente tecnica e di scelte che competono all’autorità. Il Collegio, viceversa, senza esorbitare dai limiti entro i quali è ammesso il proprio sindacato giurisdizionale rispetto all’esercizio di poteri 27/29 regolatori in materie connotate da elevato tecnicismo (vedi Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143; 2 aprile 2013, n. 1856), ritiene fondata la censura di difetto di istruttoria e, conseguente carenza di motivazione degli atti impugnati, per essersi l’autorità limitata a considerare il limitato impatto della singola offerta promozionale di volta in volta approvata, senza avere con-

lungato arco di tempo, e del relativo effetto complessivo sul mercato. Secondo il TAR, quindi, l'Agcom non avrebbe adeguatamente considerato gli effetti sul mercato delle pratiche oggetto di contestazione.

Sotto questo profilo, il Consiglio di Stato ha censurato l'atteggiamento eccessivamente intrusivo del giudice di primo grado, ritenendolo sostitutivo rispetto alle scelte tecnico discrezionali dell'autorità. Ciò alla luce dell'inesistenza – riconosciuta dallo stesso TAR – di disposizioni normative o regolamentari che imponessero all'autorità una verifica più estesa rispetto a quella effettuata dal regolatore⁸¹. D'altra parte, il giudice di appello ha annullato i provvedimenti impugnati per l'assenza nell'istruttoria di un'indagine completa da parte dell'Agcom in relazione ai test di replicabilità del prezzo, imposti dalla regolazione di settore. Tale aspetto è stato considerato pienamente sindacabile, in quanto derivante dall'analisi del dato normativo e regolatorio e non da considerazioni più ampie (come avvenuto nel giudizio di primo grado).

Valutazioni sull'impatto sociale della misura regolatoria contestata sembrano aver esercitato un peso significativo nelle pronunce relative ai piani tariffari dell'operatore designato alla erogazione del servizio universale. Il giudice si è spinto a sindacare sulla nozione stessa di universalità, inclusività ed abbordabilità del servizio universale, fornendone una definizione specifica al caso oggetto di contestazione, ossia «un insieme minimo di servizi —cioè, non già un pacchetto via via incrementabile nel tempo, bensì uno con poche cose e di facile comprensione per tutti, anche e soprattutto nel metodo di tariffazione—, da fornire ad un prezzo abbordabile e calmierabile per legge, tale, cioè, da consentire una fatturazione connessa all'uso effettivo che ne fa l'utente, in base a durata e terminazione delle chiamate. Si tratta quindi d'una tariffa che, (...), corrisponde al profilo di consumo di gran parte dei contraenti dell'attuale offerta (...) e si differenzia dai casi d'acquisto di pacchetti di servizi telefonici predefiniti, a prezzo forfettario (...)»⁸². In tal modo, è stata avallata la decisione dell'autorità di imporre restrizioni alla libertà dell'impresa in relazione alla determinazione delle tariffe per il servizio universale.

Infine, alla base della giurisprudenza in materia di proroga di diritti d'uso di bande di frequenze, oltre all'espreso giudizio circa l'obiettivo alterazione delle regole di mercato, si individua anche una constatazione di convenienza economico-finanziaria rispetto alle entrate per l'amministrazione. I provvedimenti amministrativi sono stati, infatti, annullati perché consentivano alle imprese già

siderato anche il “dato di fatto” oggettivo e non eludibile, costituito dalla reiterazione di analoghe promozioni “limited edition” della TIM succedutesi in un prolungato arco di tempo (quanto meno, dal luglio del 2016 in poi), la valenza delle quali doveva essere certamente tenuta in debito conto al fine di vagliare l'effetto complessivo di esse sul mercato.

⁸¹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

⁸² Cons. di Stato, sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2790.

operanti nel settore di usufruire delle bande di frequenze mediante proroga, versando un contributo significativamente ridotto rispetto a quello versato dall'impresa aggiudicataria dell'asta indetta per l'uso di frequenze analoghe⁸³.

7. *Considerazioni conclusive*

Alla luce dell'esame casistico svolto, l'intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche nel settore delle comunicazioni elettroniche appare piuttosto variegata. Si osserva un diverso grado di controllo a seconda della materia oggetto del giudizio, della rilevanza – sostanziale e numerica – del contenzioso e degli interessi pubblici coinvolti.

Nel complesso, tuttavia, l'approccio della giurisprudenza maggioritaria nel settore delle comunicazioni elettroniche sembra discostarsi dalla tendenziale «preferenza di amministrazione»⁸⁴, evidenziata in dottrina con riferimento al tema generale del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti.

Invero, un atteggiamento deferente sembra prevalere in giudizi tendenzialmente isolati, inerenti a fattispecie peculiari.

Tale approccio è stato ravvisato, ad esempio, in materia di sanzioni per la violazione di obblighi di autorizzazione per lo svolgimento del servizio postale ad operatori di mercati attigui, ovvero per comunicazioni audiovisive ritenute pregiudizievoli. In questi ambiti, il sindacato in materia di sanzioni puntuali irrogate per violazione della disciplina di settore non risulta, come teoricamente ci si dovrebbe aspettare alla luce della giurisprudenza europea, maggiormente incisivo ma, al contrario, meramente estrinseco.

Altrettanto deferente si è mostrato il controllo sulle decisioni inerenti alle determinazioni delle tariffe per le prestazioni obbligatorie degli operatori telefonici a fronte di intercettazioni richieste dall'autorità giudiziaria; sui provvedimenti di assegnazione di frequenze televisive; nonché in materia di restituzione degli invii affidati ad altri operatori e rinvenuti nella rete di Poste Italiane. In questi casi, il giudice ha ravvisato nell'elevata e specifica competenza tecnica dell'autorità di settore e nel coinvolgimento di diversi soggetti istituzionali (politici e tecnici) nell'istruttoria un elemento di freno rispetto al possibile intervento giurisdizionale.

Al contrario, nelle controversie concernenti il mercato della telefonia mobile, alcune delle quali soggette ad un contenzioso seriale, il giudice amministrativo ha esercitato il proprio sindacato in modo incisivo e penetrante, non appiattendosi sulla valutazione effettuata dall'organismo di regolazione di settore, ma

⁸³ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

⁸⁴ F. SAIITA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.

analizzandone nel profondo l'attività istruttoria e considerandone in concreto gli effetti, anche alla luce di interessi pubblici di ordine generale.

Tale indirizzo risulta prevalente nei giudizi in materia di rapporti tra l'operatore storicamente dominante e i nuovi entranti nel mercato. Questo aspetto della regolazione di settore risulta quello maggiormente caratterizzato dalla comunanza di finalità, strumenti di intervento e di concetti giuridici indeterminati con il settore *antitrust*; oltre a rappresentare l'ambito nel quale è previsto il coinvolgimento nell'istruttoria delle istituzioni europee.

La presenza di nozioni tipiche del diritto della concorrenza e la preponderanza delle finalità pro-concorrenziali, insieme alla visibilità dell'attività consultiva preordinata alla decisione, con il coinvolgimento di soggetti istituzionali sovranazionali, sembrano aver svolto un ruolo significativo sull'estensione del controllo giurisdizionale.

Ad esempio, la determinazione del mercato rilevante per i servizi di comunicazione – in base alla fungibilità o meno dei servizi di telefonia fissa e mobile – ha rappresentato l'elemento centrale per sindacare il criterio per ripartire il costo del servizio universale tra gli operatori telefonici. La necessità di evitare condotte abusive escludenti da parte dell'operatore dominante nei confronti dei *newcomers* – mediante l'imposizione di condizioni svantaggiose di accesso alla rete, ovvero, mediante la promozione di offerte ai consumatori non replicabili dalle imprese non verticalmente integrate e prive di una posizione dominante sul mercato – hanno costituito la base per l'intervento giurisdizionale sulle decisioni del regolatore nelle controversie sulla quantificazione del canone di accesso alla rete e sull'autorizzazione di offerte commerciali da parte dell'operatore dominante. In questi casi, il giudice amministrativo non si è avvalso degli strumenti processuali all'uopo previsti, come la consulenza tecnica d'ufficio, ma ha attinto ai pareri ed alle osservazioni di soggetti terzi (Commissione europea, Berec, organismi tecnici, imprese), manifestati nel corso dell'istruttoria procedimentale, per contestare la sostanza e la razionalità delle decisioni assunte dall'Agcom.

Alla luce dell'esame casistico, sembra potersi confermare l'ipotesi, formulata nell'introduzione, che riconduce alla parziale sovrapposizione tra gli obiettivi, strumenti e concetti giuridici indeterminati della regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche rispetto al diritto della concorrenza, un elemento di particolare specializzazione del giudice amministrativo (in primo grado, oltretutto, dotato di competenza funzionale inderogabile su entrambe le materie), che ne ha favorito un intervento penetrante. Sembra, altresì, avvalorata la tesi, già espressa in dottrina, che attribuisce al coinvolgimento dell'amministrazione europea nelle scelte regolatorie una influenza determinante sul tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo⁸⁵.

⁸⁵ A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, cit., passim.

Accanto all'esigenza di favorire la liberalizzazione e tutelare la concorrenza nel mercato delle comunicazioni, lo studio ha mostrato ulteriori apprezzamenti, anche inerenti all'impatto sociale della misura regolatoria, alla base dell'atteggiamento interventista dei giudici.

Ciò è emerso in modo particolarmente evidente dallo studio dei giudizi concernenti le obblighe tariffari per l'operatore assegnatario del servizio universale di telefonia, dove l'obiettivo di inclusione sociale di soggetti svantaggiati ha rivestito un ruolo centrale nella definizione di universalità del servizio adottata dal giudice.

Per quanto concerne il contenzioso riguardante i canoni di accesso alla rete, invece, alle considerazioni pro-concorrenziali, si sono affiancate considerazioni mirate alla promozione degli investimenti per la manutenzione ed il potenziamento della rete infrastrutturale, a beneficio della collettività e degli utenti⁸⁶.

Infine, nelle pronunce in materia di proroga di diritti d'uso delle bande di frequenza, il favore verso l'attribuzione delle frequenze mediante sistemi competitivi, oltre a promuovere forme di concorrenza, quantomeno "per" il mercato, risponde, altresì, alla finalità di incrementare le entrate per l'amministrazione (mediante la rideterminazione in sede di gara dei diritti d'uso).

In conclusione, sebbene numerosi fattori sembrano aver influenzato il livello di intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Agcom nelle diverse fattispecie esaminate, l'atteggiamento prevalente appare coerente con un modello di sindacato pieno sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali effettuati in sede regolatoria, alla luce delle finalità e degli obiettivi (non solo di natura economica) imposti in sede legislativa all'autorità di settore. Ciò risulta evidente soprattutto nel settore della telefonia mobile, oggetto di una liberalizzazione più accentuata e nel quale la regolazione svolge un ruolo prevalentemente di promozione della concorrenza. Tale aspetto sembra porre questo settore in controtendenza rispetto ad altri mercati oggetto di regolazione, nei quali i giudici «sembrano ancora legati a un modello di sindacato indiretto e convinti della centralità del provvedimento amministrativo»⁸⁷.

Nondimeno, nel contenzioso relativo ad altri mercati di comunicazione, pure affidati alla medesima autorità di regolazione (come quello postale), ed a fattispecie tendenzialmente isolate, il giudice amministrativo si è limitato ad effettuare un controllo puramente formale ed estrinseco, avallando le decisioni amministrative con un approccio di sostanziale deferenza.

⁸⁶ Come evidenziato in dottrina, l'obiettivo di promuovere gli investimenti in settori il cui sviluppo risponde a finalità di carattere collettivo costituisce un corollario del più ampio ruolo di garanzia della regolazione indipendente rispetto alla parità delle armi sul mercato di tutte le imprese. Si veda, sul punto, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit. 206.

⁸⁷ F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, cit.

A tal proposito, si auspica, dunque, una maggiore uniformità nell'utilizzo da parte della giurisprudenza amministrativa dei criteri e degli strumenti per controllare le decisioni a carattere tecnico delle autorità amministrative indipendenti, quantomeno all'interno di un medesimo settore di regolazione economica, anche mediante il ricorso ad idonei mezzi istruttori, come la consulenza tecnica d'ufficio.

Come affermato in dottrina, infatti, la prevedibilità del controllo giurisdizionale costituisce un elemento fondamentale per la predeterminazione dell'attività dell'autorità amministrativa «un faro idoneo ad illuminare il cammino che le autorità devono compiere nell'esercizio delle loro funzioni»⁸⁸. Oltretutto, la piena ed effettiva tutela delle istanze private a fronte delle scelte tecnico-discrezionali dell'autorità amministrativa dovrebbe essere garantita dall'ordinamento in modo omogeneo, a prescindere dall'impatto economico e sociale della misura contestata sulla collettività. Infine, una linea interpretativa chiara ed univoca produrrebbe, auspicabilmente, un effetto deflattivo del contenzioso, disincentivando l'attivazione di giudizi su questioni pacificamente non sindacabili dal giudice.

⁸⁸ A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, cit. 125.

Abstract

Il contributo affronta, con un approccio prevalentemente orientato all'analisi casistica, il tema dei confini del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'autorità di regolazione in materia di comunicazioni elettroniche. Lo studio della recente giurisprudenza amministrativa sul tema fornisce un quadro variegato, nel quale orientamenti di maggiore deferenza si affiancano a posizioni favorevoli ad un sindacato penetrante. La materia oggetto di contenzioso, la relativa rilevanza, sostanziale e numerica, e gli interessi pubblici coinvolti nella fattispecie controversa, sembrano costituire elementi decisivi per indirizzare i giudici verso un atteggiamento maggiormente intrusivo rispetto alle decisioni tecnico-discrezionali dell'autorità. L'orientamento deferente, infatti, appare concentrato su fattispecie isolate in materie meno frequentemente oggetto di contenzioso. Il contributo individua alcune possibili cause del diverso grado di intensità del sindacato nelle varie fattispecie prese in esame e contiene l'auspicio di una maggiore omogeneità nell'indirizzo giurisprudenziale, a beneficio, sia dell'autorità amministrativa sia dei privati operatori di mercato.

The Judicial Review on Technical Assessments. The Case of Electronic Communications

by Livia Lorenzoni

The essay deals with the boundaries of judicial review on the technical evaluations of the Italian Regulatory Authority on electronic communications. It follows an empirical approach, focusing on the Administrative Courts' recent case-law. The study provides a variegated picture, where deferent judgements coexist with more intrusive approaches. The subject matter of litigation, its relevance, both in substantial and numerical terms, and the public interests involved in the dispute, have shown to play a decisive role to direct judges towards a more intrusive attitude on the technical-discretionary decisions of the Authority. The deferent stance appears to prevail in isolated cases on matters that are less frequently object to lawsuits. The paper highlights some of the possible causes of the different intensity of judicial review in the various cases analysed and calls for greater homogeneity in the case law, to the benefit of both the administrative authority and private economic operators.

L'angolo delle libertà

Note sparse su un libro dedicato alla tesi di laurea di Giovanni Falcone

di Maria Immordino

A sessant'anni dal conseguimento della laurea in Giurisprudenza è stata pubblicata, a cura del collega Gaetano Armao, la tesi di laurea di Giovanni Falcone sul tema *“L’istruzione probatoria nel diritto amministrativo”*.

Dai prestigiosi contributi che accompagnano la pubblicazione della tesi, con l’introduzione della ministra Marta Cartabia, emergono con nitidezza la cifra identificativa dell’uomo e il suo personale rapporto con quei cambiamenti storici di cui lui stesso fu parte attiva ed artefice sino a sacrificare la sua stessa vita: l’etica austera che ne ispirava i comportamenti, la consapevolezza di essere un uomo dello Stato al cui servizio aveva dedicato il suo impegno professionale, l’ampio respiro culturale e non solo giuridico, la poliedricità della sua formazione, la capacità di interpretare la realtà, sempre con serenità ed equilibrio, libero da pregiudizi ideologici, sempre attento ad evitare sterili e strumentali polemiche, ma pronto a difendere strenuamente le sue idee, i suoi assunti, anche se non condivisi, oggetto non di rado di aspre ed ingiuste critiche, il più delle volte pretestuose. Commovente è il ritratto dell’uomo nei ricordi della sorella Maria: brillante e ironico nella conversazione, amante dello sport e della musica classica, un uomo fondamentalmente gentile, in cui la gentilezza era una forma di eleganza istintiva, da non confondere, quindi, con la debolezza.

A questi contributi io non potrei, in verità, aggiungere niente di nuovo. Ed è questa la ragione per cui ho ritenuto di concentrare questa breve riflessione sul libro in sé, sulla sua “anima”, perché i libri, come diceva lo scrittore catalano Carlos Ruiz Zafón, possiedono un’anima, in cui si proietta l’anima di coloro che lo hanno letto e che da esso hanno tratto insegnamenti, ammonimenti, speranze, sogni.

Ricordo bene il giorno in cui Gaetano Armao mi ha fatto dono del libro. Sfogliandolo, ho subito avuto chiaro che non potevo rinviare la lettura alle vacanze estive; dopo averlo letto, ho capito che si tratta di un libro che non ha scadenza, perché si proietta nel futuro. La mia anima aveva incrociato l’anima del libro.

Guardare al senso più profondo del libro consente anche di cogliere bene il significato delle parole di Falcone: *«non si rinvia a giudizio senza prove granitiche»*, espressione di un principio in cui Giovanni Falcone credeva fermamente, ma che oggi, come sottolinea in un articolo pubblicato sul quotidiano la Repubblica (17 giugno 2021) l’ex procuratore di Roma Giuseppe Pignatone, è stato superato da una legge diversa da quella vigente al tempo, quello del maxiprocesso, in cui venivano pronunciate. Il pubblico ministero non può infatti chiedere l’archiviazione

del procedimento pur in assenza di quelle “prove granitiche” di cui parlava Falcone. Se lo facesse, sottolinea Pignatone, il Gip avrebbe il diritto-dovere di ordinarli di procedere. Oggi infatti per la richiesta del rinvio a giudizio è necessario che lo stesso abbia elementi “sufficienti” per sostenere l'accusa in dibattimento.

Ecco perché il libro va letto per i valori che esso custodisce, per il significato profondo che ha e può avere non soltanto per il nostro presente, e dunque per quei cittadini, molti dei quali hanno vissuto quegli anni terribili, conosciuto, apprezzato e pianto l'uomo e il magistrato Falcone, ma, anzitutto, per l'insegnamento che dalla sua lettura possono trarre i giovani di oggi che non hanno vissuto quegli anni. Non hanno conosciuto l'uomo se non attraverso la narrazione che accompagna annualmente le commemorazioni in occasione della ricorrenza della strage di Capaci o tramite il ricordo tenuto vivo dalle iniziative della Fondazione Falcone, guidata dalla sorella Maria, iniziative dirette non soltanto a custodirne e tramandarne la memoria, ma volte ad educare i giovani a quei principi che per Giovanni Falcone erano irrinunciabili, e che avevano sempre ispirato la sua attività: la legalità e la lotta senza compromessi alla criminalità organizzata.

Una lettura, possibilmente guidata, di questo libro può arricchire il patrimonio umano, civile e culturale dei nostri giovani, aiutarli a recuperare il senso dello Stato, a fare di loro cittadini di una Sicilia migliore, questa era la speranza che animava anche l'azione di Giovanni Falcone.

I giovani sono il nostro futuro, il motore del cambiamento della nostra società. Sono questi giovani, che hanno pagato e pagano il prezzo più alto di ogni crisi e, in particolare di quella attuale, che guardano disincantati alle istituzioni e con sospetto a quella classe politica che ormai da tempo sembra essersi allontanata dalla politica di cui parla Aristotele, quella che dall'etimo del termine, definisce la “politica” come amministrazione della “*polis*” per il bene non di pochi sodali o amici privilegiati, ma di tutti, e quindi come “servizio” ai cittadini, dove il termine cittadino va inteso in senso ampio, comprensivo di tutti coloro che vivono nel territorio italiano. Definizione che richiama quei principi costituzionali, di legalità, certezza, uguaglianza, ragionevolezza, imparzialità, che dovrebbero, il condizionale è d'obbligo, ispirare sempre la funzione amministrativa: ma anche l'esercizio degli altri poteri, il legislativo e il giudiziario, che non possono prescindere da questi principi. E di questo era ben consapevole Falcone che a questi principi ha costantemente ispirato la sua attività di giudice istruttore.

Chi legge nei giornali le vicende che hanno coinvolto molti magistrati, gettando ombre sulla regolarità di processi importanti nella vita del paese è portato ad estendere il giudizio di disvalore a tutta la magistratura, a sentire sfiducia nell'attuale sistema giudiziario se non è culturalmente attrezzato, in grado cioè di discernere, di capire che si tratta di casi estremi, anche se hanno macchiato l'immagine e il prestigio dell'ordine giudiziario.

Livatino, Falcone, Borsellino e gli altri magistrati massacrati dalla mafia sono

visti come un'eccezione, laddove, al contrario, sono invece numerosi i magistrati che svolgono la loro funzione "con disciplina ed onore" (art. 54, Cost.), fedeli servitore dello Stato e, dunque, di quel "popolo" in nome del quale "la giustizia è amministrata" (art. 101, Cost.), senza perseguire fini utilitaristici o clientelari, ossia fini diversi da quelli ai quali sono chiamati dalla loro funzione.

In questo attuale contesto, che non sembra diverso da quello in cui svolgeva la sua attività Giovanni Falcone, in cui crisi delle istituzioni, crisi della politica, crisi dell'ordine giudiziario, crisi della legalità, crisi morale, si vengono a compattare in un perverso gioco a incastri, la lettura di questo libro ben può rappresentare, soprattutto per i giovani, una fonte inestimabile di stimoli per gli insegnamenti, gli ammonimenti e i messaggi di speranza che se ne possono trarre.

Funzione che il libro potrebbe svolgere al meglio, soprattutto se i docenti ne illustrassero i contenuti in tutte le classi della scuola primaria e secondaria dove finalmente è stato introdotto, con la L. n. 92/2019, l'insegnamento dell'educazione civica. Un contributo didattico di questo genere che lo includesse fra la spiegazione della Costituzione, delle istituzioni europee, delle tematiche più attuali (cittadinanza attiva e digitale sviluppo sostenibile, diritto alla salute, ecc.) fornirebbe ai ragazzi, fin dai primi anni della formazione scolastica, gli strumenti per diventare consapevoli e responsabili futuri cittadini di una società fondata sui valori della democrazia, della partecipazione alla vita civica, culturale e sociale delle comunità, del pluralismo, del rispetto delle regole, dei diritti e dei doveri, dell'uguaglianza, della solidarietà e dell'accoglienza.

«Andare a scuola significa andare verso l'universo del libro» (Recalcati).

Ecco perché è importante libri di questo genere vengano conosciuti nelle scuole. La formazione di una persona e, soprattutto, di un giovane, continuerà ad avvenire anche attraverso i libri. La perdita di fisicità del testo, effetto della digitalizzazione, non toccherà lo spirito del libro. La sua "anima" sarà salva, perché il libro è la "narrazione di un'esperienza" (Recalcati).

Guardiamo, allora, alla narrazione dell'esperienza dello studente Giovanni Falcone e agli insegnamenti che ne può trarre lo studente che deve oggi apprestarsi a scrivere la tesi di laurea. Per molti, che non guardano al futuro, ma soltanto alle pressanti esigenze del presente, questo può essere un passaggio fastidioso, soprattutto se si devono sostenere gli ultimi esami. La tesi è spesso un elaborato frettoloso, privo di spunti di originalità, del quale si perderà qualsiasi traccia, non rimanendo nulla nel patrimonio culturale e scientifico dello studente. Non sarà di alcun supporto nel futuro percorso professionale, come, invece, lo è stata per lo studente Falcone.

La tesi di laurea di Giovanni Falcone - l'impostazione metodologica; la sistematica sicura; il rigore dell'analisi sull'istruzione nel processo amministrativo, argomento sul quale le norme nel momento in cui lo studente preparava il suo elaborato erano scarse (come lo stesso Falcone segnala già all'inizio della

trattazione); la linearità delle argomentazioni, basate sulla riflessione circa la “natura del processo amministrativo”; la costruzione dei rapporti tra le parti e il giudice; la chiarezza del linguaggio; l’originalità delle conclusioni – tutto questo potrà aprire allo studente, nuovi e stimolanti scenari, spronandolo a riflettere sull’importanza stessa della stesura della tesi, quale momento di completamento della sua carriera universitaria, misura delle conoscenze effettivamente acquisite e della metamorfosi che ha accompagnato il suo percorso accademico.

Nel volume lo studente potrà trovare anche il filo che unisce il lavoro per l’elaborazione della tesi dello studente Falcone all’attività che successivamente svolgerà nel processo penale, come giudice istruttore negli anni più fecondi della sua vita professionale, per mettere in luce il fatto storico dell’associazione di tipo mafioso, ormai di livello internazionale, che coinvolgeva centinaia di indagati. Il filo rosso che lega il lavoro universitario alla futura attività professionale è la ricerca e l’accertamento della “verità” (art. 27 del regolamento di procedura del 1907). L’istruzione probatoria che, nel processo penale porta alla conoscenza del fatto di reato, nel processo amministrativo procura “al giudice la certezza, morale o legale intorno agli elementi di fatto, che servono di fondamento alle pretese delle parti” (Benvenuti, della cui monografia lo studente Falcone ha tenuto conto, pur discostandosene in alcuni passaggi, anche cruciali del suo elaborato).

Falcone era ben consapevole del fatto che nessun sistema istruttorio poteva e può garantire in assoluto l’accertamento della verità, anche se la verità va sempre e comunque ricercata, rimanendo l’obiettivo principale dell’istruttoria nel processo amministrativo e nel processo penale, al di là delle enormi differenze esistenti tra l’istruttoria nell’uno e nell’altro tipo di processo.

Un obiettivo al quale le parti concorrono con un contributo che Falcone valorizza: il principio del contraddittorio che, quale espressione del principio di uguaglianza, ha un valore in sé.

Verità, certezza, che, in ogni caso, non possono che discendere dal fatto in sé, indipendentemente dalla personalità del suo autore, o da condizionamenti esterni.

Ed era questa cultura della prova, alla base della sua ricerca meticolosa e scrupolosa di elementi probatori solidi che lo portava ad escludere un processo alla “politica” in mancanza di riscontri certi e incontrovertibili, pur essendo pienamente consapevole della contiguità mafia – politica. Fu per questo che subì ingiuste accuse da alcuni esponenti politici e delle istituzioni, da personalità del mondo della cultura: accuse dalle quali Egli si difese sempre con fermezza, contestando l’uso politico di mere insinuazioni e supposizioni prive di sostegno e di qualsiasi riscontro probatorio.

Leggendo il libro mi è tornata alla mente la “Storia della Colonna Infame”, che Falcone sicuramente conosceva bene, traendone insegnamenti nell’esercizio della sua funzione. Tra tutte le interpretazioni che di quella terribile vicenda

processuale sono state date, quella di Alessandro Manzoni, che indaga i profili soggettivi della responsabilità dei giudici, penso che risponda di più alla sensibilità di Falcone. I giudici, pur persone “stimatissime e probe”, scriveva Manzoni, hanno giudicato in mancanza di prove “certe” e “inconfutabili”, condannando a morte uomini innocenti, trasgredendo così “le regole ammesse anche da loro”.

Il volume implicitamente ci consegna anche un altro principio ispiratore dell’attività di Falcone, quello secondo cui la “giustizia deve essere giusta”. Ma la giustizia può essere “ingiusta”? I giudici non sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, co 2, Cost.)? E se applicano la legge, come può essere ingiusta una decisione? E la domanda, ricordava la ministra Marta Cartabia nel corso di un incontro sul tema “*Una parola di giustizia. Dialogo tra Marta Cartabia e Benedetta Tobagi*” tenutosi a Taormina (20 giugno 2021) nell’ambito del Festival Taobuk, che si sente rivolgere spesso dagli studenti.

Ma, come è ben noto, non di rado le leggi sono oscure, indeterminate, incomprensibili, sovrapponibili, contraddittorie, il che si traduce spesso in una delega in bianco per quanti sono chiamati ad applicarle, in primo luogo i magistrati. I contrasti giurisprudenziali, l’imprevedibilità dell’azione giudiziaria, gli errori che a volte emergono dopo anni dalla pronuncia della sentenza, disorientano il cittadino e, conseguenza più grave, generano sfiducia nell’istituzione giudiziaria. Una sfiducia che si traduce in un sentimento di diffidenza e di ripulsa verso tutto ciò che è pubblico, acuendo, inevitabilmente, la crisi della giustizia e, di conseguenza, la delegittimazione della magistratura.

Di questo Falcone era ben consapevole. Ecco perché aveva un’attenzione particolare ai fatti nella loro oggettività, senza contaminazioni soggettive, al ruolo del giudice nella ricerca di un equilibrio tra prova e giudizio. Equilibrio necessario per evitare, come diceva Giolitti, che la legge venga interpretata per gli amici e applicata ai nemici.

Se il libro ha un significato in sé questo risiede anche nell’ammonimento rivolto ai lettori, ma soprattutto ai giovani, sulla “solitudine”, quale condizione imprescindibile della vita umana, che chiunque può sperimentare in ogni momento. Per il magistrato è la condizione normale. Chi giudica è solo con la sua coscienza, anche quando fa parte di un collegio.

Giovanni Falcone ha sperimentato anche la solitudine che deriva dall’isolamento in cui si venne a trovare, paradossalmente, dopo lo storico esito positivo del maxiprocesso, che aveva posto in luce le sue grandi capacità professionali e contestualmente aveva attirato su di lui invidia e gelosia. Subito dopo fu oggetto, infatti, di polemiche aggressive, da *ex* amici ed *ex* sostenitori, da esponenti di quasi tutti i partiti politici, da pezzi della stessa magistratura, da intellettuali. Fu accusato di protagonismo, lettere anonime spregevoli mettevano in discussione anche la dignità e l’onestà dell’uomo, oltre che del magistrato.

Falcone fu lasciato solo. Non sappiamo come abbia vissuto questa solitu-

dine nel profondo della sua anima, ma sappiamo con certezza che nonostante tutto è andato avanti con il suo lavoro.

Sapeva di essere stato condannato a morte. Aveva paura? Si aveva paura, una paura basata su fatti reali, e non si vergognava ad ammetterlo, come fece nel corso di un'intervista: *“importante è saper convivere con la propria paura e non farsi condizionare dalla stessa. Ecco il coraggio è questo, altrimenti non è più coraggio, ma incoscienza”*.

Anche questo è un messaggio di cui tutti noi dobbiamo essere grati a Falcone. Un uomo che sapeva convivere con le sue fragilità e debolezze ed anche sconfiggerle, ma proprio per questo deve essere ricordato non nella dimensione epica del “mito”, ormai leggendario e distante, ma come un esempio concreto, un “faro”, dotato di una luce potente dentro di sé, così forte da contrastare ogni forma di tempesta, ogni forma di solitudine che ha attraversato nel corso della sua breve vita.

Chi leggerà questo libro, non importa se oggi, fra dieci o cinquant'anni, ne incrocerà l'anima.

Hanno collaborato a questo numero:

Guido Corso

Emerito di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tre

Maria Immordino

Ordinaria di Diritto amministrativo; Consigliere nel Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana – sezione giurisdizionale

Roberta Lombardi

Ordinaria di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi del Piemonte Orientale

Livia Lorenzoni

Ricercatrice a tempo determinato (r.t.d.a) di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi Roma Tre

Isabella M. Lo Presti

Dottoressa di ricerca in Ciencias jurídicas y sociales Universidad de Málaga, in cotutela con l'Università degli Studi di Palermo

Fabio Merusi

Straordinario di Diritto processuale amministrativo nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma

Raffaele Picaro

Ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

Aristide Police

Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università LUISS “Guido Carli”

Pier Luigi Portaluri

Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi del Salento

Antonio Ruggeri

Emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Messina

Fabrizia Santini

Associata di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi del Piemonte Orientale

Franco Gaetano Scoca

Emerito di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Mario Rosario Spasiano

Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Giuseppe Verde

Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI LUGLIO 2021
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI