

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXX – Nuova serie
N.2/2021 (maggio-agosto)

INDICE

SAGGI

ANA CARMONA CONTRERAS

El Estado Autonómico y la Gestión Jurídica de la Pandemia en España 287

GUIDO RIVOSECCHI

L'Ufficio parlamentare di bilancio, oggi (a proposito dello studio di A. Vernata, L'Ufficio parlamentare di bilancio. Il nuovo organo ausiliare alla prova del primo mandato e della forma di governo, Napoli, 2020) 313

MARCO TIBERII

L'accesso tradizionale, civico e generalizzato agli atti della Consob e della Banca d'Italia 335

FRANCESCO ZAMMARTINO

Corte costituzionale e nuovi sviluppi sulla modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento 359

JACOPO VAVALLI

Sull'appello al Consiglio di Stato in punto di giurisdizione da parte di colui che l'ha adita, tra Costituzione, Codice del processo amministrativo e orientamenti giurisprudenziali: un inquadramento sistematico 377

FEDERICO SPANICCIATI

Copri fuoco, precauzione e crisi emergenziale. I chiari di luna dei diritti costituzionali 401

MARIA FRANCESCA TROPEA

Affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura 415

EMANUELA CONCILIO

Accesso civico generalizzato e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale 457

LAVINIA FILIERI

Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia 485

LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA

ANNA SIMONATI

Il giudice amministrativo nei meandri del centro storico: alla ricerca di un paradigma unitario, fra governo del territorio e salvaguardia del patrimonio culturale 505

MARCO MANDATO

Sulla titolarità delle competenze in materia di emergenza sanitaria. A proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 529

RECENSIONI

LUCIO IANNOTTA

Recensione ad Alberto Zito, La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni, Napoli, 2021 543

Saggi

El Estado Autonómico y la Gestión Jurídica de la Pandemia en España

de Ana Carmona Contreras

RESUMEN: 1. Introducción: comunidades autónomas y crisis sanitaria. – 2. El primer estado de alarma: la apuesta por una gestión centralizada de la pandemia. – 2.1. Etapa inicial: la declaración de la alarma y sus dos primeras prórrogas. – 2.2. Primeras señales de contención del virus: sentando las bases para acometer el proceso de desescalada. – 2.3. La activación del proceso de desescalada: el lento proceso de recuperación de competencias por las CCAA. – 3. La fase de la nueva normalidad: la recuperación de competencias por las CCAA en un escenario de crisis sanitaria persistente. – 3.1. El marco regulador: de la normativa excepcional a la normativa extraordinaria. – 4. El segundo estado de alarma: apostando por preservar el autogobierno autonómico. – 4.1. La paulatina descomposición de la nueva normalidad como antesala del segundo estado de alarma. – 4.2. De nuevo el estado de alarma: una orientación distinta para el mismo instrumento excepcional. – 5. Reflexiones conclusivas.

1. *Introducción: comunidades autónomas y crisis sanitaria*

Aunque el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró oficialmente la existencia de una pandemia a escala global causada por el coronavirus SARS-CoV-2, ya desde finales del mes de febrero el azote del coronavirus en España se mostraba como una realidad en continua progresión. El avance exponencial del número de infectados en un corto espacio de tiempo obligó a la adopción de medidas orientadas a frenar la expansión del virus cuya autoría recayó, en estos momentos iniciales, en las autoridades autonómicas. Dado que, dejando a un lado el establecimiento de bases y el ejercicio de funciones de coordinación general¹, cuya titularidad recae en el Estado central (artículo

¹ P. BIGLINO CAMPOS, *El impacto de la Covid en la distribución de competencias*, en J. TUDELA ARANDA (Coord.), *Estado autonómico y Covid-19. Un ensayo de valoración general*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, 25-26, pone de manifiesto las dificultades existentes a la hora de identificar la naturaleza de la función de coordinación de la sanidad que le corresponde al poder central. En este sentido, señala la falta de claridad de la jurisprudencia constitucional (STC 140/2017, FJ 3) que “atribuye al Estado un cierto poder de dirección, la fijación de medios y de un sistema de relación que hagan posible la información recíproca, así como la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias”. Por su parte, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *Estado autonómico y lucha contra la pandemia*, en P. BIGLINO CAMPOS, J. DURÁN ALBA (Dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, 61-63, incide en una cuestión fundamental que ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional (SSTC 140/2017, FJ 3 y 82/2020, FJ 6) en relación con la competencia estatal sobre bases sanitarias, a saber, que ésta no se identifica con la de coordinación general. Al hilo de tal diferencia, se concluye que nos hallamos ante una habilitación constitucional que se proyecta sobre dos ámbitos operativos distintos.

149.1.16 CE), la competencia en sanidad corresponde a las Comunidades Autónomas (CCAA), fue precisamente desde dicho ámbito donde se activaron respuestas de diversa índole tomando como referencia las previsiones contenidas en la normativa sectorial. Particular preeminencia asumió la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMEMSP) y más concretamente, su artículo 3, en el que se dispone lo siguiente: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Utilizando como asidero jurídico esta cláusula de apertura indeterminada que habilita en términos genéricos la adopción de aquellas medidas “que se consideren necesarias en caso de riesgo”, las respuestas articuladas por las autoridades sanitarias autonómicas no se hicieron esperar y fueron desde la inmovilización de los clientes de un hotel en Tenerife en el que se diagnosticó un caso positivo de Covid-19 (decisión ratificada por la instancia judicial correspondiente) a la suspensión de toda la actividad lectiva en centros de enseñanza en la Comunidad de Madrid (acordada por la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad), pasando por el confinamiento perimetral de diversos municipios de la provincia de Barcelona (Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo de 2020, de la Generalitat de Cataluña). Se trataba, en todo caso, de actuaciones parciales y territorialmente circunscritas y que dejaron en evidencia los limitados efectos del despliegue de una estrategia de actuación pública fragmentada en el marco de un escenario de avance global de la enfermedad. Asimismo, la gravedad de la situación concurrente, que exigía la aplicación de medidas altamente gravosas para el ejercicio del derecho fundamental de libertad de movimientos (artículo 19 CE), así como de otros vinculados al mismo (derecho a la educación, libertad religiosa o derecho de reunión y manifestación, entre otros) trajo consigo la necesidad de aplicar decisiones a escala nacional haciendo uso de los instrumentos constitucionalmente idóneos.

En este contexto de fondo marcado por la conjunción entre la progresión ininterrumpida de los contagios y su impacto directo sobre la libertad ambulatoria, el estado de alarma se perfiló como la vía jurídica pertinente a la que recurrir, puesto que la concurrencia de una situación de “graves alteraciones de la normalidad” derivada de “crisis sanitarias, tales como epidemias” figura como uno de los supuestos contemplados por el artículo 4 a) de la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES) para la activación dicho estado. En un clima de creciente preocupación ciudadana, el 13 de marzo, el presidente del Gobierno anunció su intención de declararlo tras la celebración de un Consejo de Ministros extraordinario. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

definió la hoja de ruta llamada a regir la alarma durante el plazo inicial de 15 días constitucionalmente previsto (artículo 116.2 CE). Transcurrido el mismo, con posterioridad, el Congreso de los Diputados avalaría su mantenimiento hasta el 21 de junio, habiendo concedido las preceptivas prórrogas solicitadas por el Gobierno (un total de 6) con una cadencia temporal de 15 días.

Esta primera alarma se caracterizó tanto por incorporar una impronta de acusada restricción de concretos derechos fundamentales –de forma muy destacada, la libertad de circulación y movimientos², así como el de otros derechos directamente vinculados como la educación o la libertad religiosa–, como por hacer gala de un espíritu marcadamente centralizador. De este modo, se rompe nítidamente con la dinámica precedente en la que el protagonismo para gestionar la crisis pandémica recayó sobre las CCAA. Será precisamente este sesgo unitario

² El confinamiento domiciliario decretado durante el primer estado de alarma (14 de marzo a 21 de junio de 2020), prohibiendo como regla general la circulación a la ciudadanía en las vías públicas y únicamente permitiendo a modo de excepción el ejercicio de la libertad deambulatoria en los supuestos expresamente previstos, ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2021, de 14 de julio. En dicha resolución (a la que acompañan 5 votos particulares discrepantes), la mayoría de los magistrados argumentan que la norma impugnada trajo consigo la suspensión de la libertad de circulación, lo que rebasa el radio de acción del estado de alarma, únicamente habilitado para acordar la “restricción” de derechos fundamentales. Recuértese que la eventual suspensión de derechos fundamentales está expresamente reservada para las otras dos modalidades de estados excepcionales previstos en sede constitucional (artículos 116 y 55.1), el estado de excepción y estado de sitio y, asimismo, que el elenco de derechos susceptibles de ser suspendidos, lejos de quedar imprejuizado, queda constitucionalmente tasado. En efecto, los derechos “suspendibles” durante el estado de excepción – previsto por el artículo 13.1 LOEAES para supuestos en los que “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestad ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” – son la libertad personal y la detención preventiva (artículo 17.1 y 2 CE); la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones (artículo 18.2 y 3 CE); la libertad de circulación (artículo 19 CE); la libertad de expresión y el derecho a la información (artículo 20 a y d CE); secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial (artículo 20.5 CE); derecho de reunión (artículo 21 CE); derecho de huelga (artículo 28.2 CE); el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo que corresponde a trabajadores y empresarios (artículo 37.2 CE). Por su parte, la declaración del estado de sitio – que en el artículo 32.1 LOEAES se reserva para “cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios” – posibilita la suspensión de todos los derechos fundamentales aludidos previamente y, de modo adicional, también el que corresponde a toda persona detenida a “ser informada de forma inmediata (...) de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que establezca la ley” (artículo 17.3 CE). Para un análisis completo y actualizado del derecho de excepción en el ordenamiento jurídico español, vid. C. GARRIDO LÓPEZ, *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 2021, especialmente, 89-148.

el que centrará el análisis de la primera alarma, concentrando nuestra atención sobre la existencia de una progresiva tendencia hacia su relajación en virtud de la que, partiendo de una actitud de férrea centralización, se irá transitando hacia un escenario en la gestión de la crisis sanitaria (las fases de desescalada) caracterizado por una recuperación tímida, pero paulatina del espacio autonómico. En el punto final de dicho proceso, una vez levantado el estado de alarma, emergerá la etapa de la denominada “nueva normalidad”, en la que, a pesar de no haberse superado la pandemia, las CCAA recuperarán el lugar que constitucional y estatutariamente les corresponde en materia de sanidad. El incesante avance del número de contagios, que adquirió unas dimensiones preocupantes coincidiendo con el final del verano de 2020, unido a la división de opiniones manifestada por los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de ratificar o autorizar las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas actuarán como elementos catalizadores que dan paso a la declaración de un nuevo estado de alarma a nivel nacional, mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. En esta segunda edición del marco excepcional, sin embargo, se va a abandonar la originaria impronta centralista para dar paso a una aproximación en clave territorial según se desprende, tanto de la configuración de las limitaciones previstas en unos términos esencialmente genéricos, correspondiendo su concreción aplicativa a las CCAA, como de la atribución de la condición de autoridades delegadas a los presidentes autonómicos. De este modo, la reactivación del marco jurídico de la excepción, si bien mantiene un hilo de evidente continuidad con respecto al presupuesto habilitante existente en su inmediato predecesor (la pandemia), asume un enfoque diametralmente opuesto.

2. *El primer estado de alarma: la apuesta por una gestión centralizada de la pandemia*

2.1. *Etapa inicial: la declaración de la alarma y sus dos primeras prórrogas*

Como expresión inmediata de la orientación centralizadora que caracteriza el estado de alarma declarado, el RD 463/2020 atribuye la condición de mando único al Gobierno, en tanto que “autoridad competente” (artículo 4.1). Junto a ello se prevén como autoridades competentes delegadas, “bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno” y “en sus respectivas áreas de responsabilidad” las siguientes: a) La Ministra de Defensa; b) El Ministro del Interior; c) El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y d) El Ministro de Sanidad (artículo 4.2).

Sobre la base de tal aproximación de partida, todo el protagonismo en la dirección política de la alarma queda residenciado en la esfera del Ejecutivo central, limitándose a conservar el resto de Administraciones, tanto las CCAA como

los Entes Locales, “las competencias que le otorga la legislación vigente en la *gestión ordinaria de sus servicios* para adoptar las medidas que estime necesarias en el *marco de las órdenes directas de la autoridad competente* a los efectos del estado de alarma” (artículo 6, la cursiva es nuestra). Siendo éste el marco general de referencia, se verifica la existencia de un rol eminentemente secundario correspondiente a las Autonomías, lo que resulta especialmente significativo en relación con la sanidad, en tanto que ámbito que se perfila como eje central en la gestión de la pandemia³. De este modo, se constata una modificación sustancial del esquema ordinario de distribución de competencias en materia de sanidad, invirtiéndose el esquema habitual que opera en la normalidad en cuya virtud corresponde al Estado el establecimiento de las bases y la coordinación general (artículo 149.1.16 CE), incardinándose las demás facultades en la esfera autonómica.

Otra significativa expresión de la inversión verificada en esta esfera se encuentra en el artículo 12.1 del RD 463/2020, cuya dicción material no deja resquicio a la duda, al disponer que “(T)odas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, *quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad* en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza” (cursiva nuestra). El margen de actuación autonómica, por lo tanto, se circunscribe únicamente al mantenimiento de “la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento”. En este sentido, se formula una expresa reserva a favor del responsable de la cartera de Sanidad, quedando habilitado para ejercer “cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio” (artículo 12.2 in fine).

Estableciendo un expreso enlace con la etapa inmediatamente precedente a la declaración del estado de alarma y con la finalidad evidente de preservar el principio de seguridad jurídica, se procede a ratificar expresamente (Disposición final primera del RD 463/2020) “todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas

³ F. VELASCO CABALLERO, *Estado y Comunidades Autónomas durante la pandemia*, en E. AJA FERNÁNDEZ, F.J. GARCÍA ROCA (Dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2020*, Instituto de Derecho Público-Marcial Pons, Barcelona, 2021, 44, razona acertadamente que la opción por el “mando único” empleada durante la primera alarma no trajo consigo la suspensión de las competencias autonómicas y locales, sino que más bien “dirigió y condicionó estrechamente su ejercicio”. Sobre la base de tal planteamiento resulta que, como señala T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *Estado autonómico y lucha contra la pandemia*, cit., 82, “esta incidencia estatal sobre las materias competencias autonómicas no significa que durante el estado de alarma las Comunidades Autónomas hayan quedado, en todo lo que se refiere a las medidas de lucha contra la pandemia, sustituidas por el Estado”. Lo que sucede en la práctica es que “simplemente tendrán que adecuar el ejercicio de sus competencias a las disposiciones adoptadas por aquel”.

y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con este real decreto”. No obstante, la operación de ratificación prevista viene acompañada de una disposición de signo garantista estableciéndose que la misma “se entiende sin perjuicio de la ratificación judicial prevista en el artículo 8.6.2.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio”.

2.2. Primeras señales de contención del virus: sentando las bases para acometer el proceso de desescalada

La reducción progresiva del número de contagios y el consiguiente aplanamiento de la curva resultaron determinantes para que, con motivo de la tercera prórroga aprobada por el Congreso de los diputados (22 de abril de 2020), se diera el pistoletazo de salida al proceso de desescalada. De acuerdo con las directrices establecidas en la Comunicación “Hoja de ruta común europea para el levantamiento de medidas de contención de la COVID-19”, presentada el 15 de abril de 2020 por la Presidenta de la Comisión Europea, se establecieron una serie de disposiciones orientadas a activar en el futuro inmediato un cierto relajamiento de las medidas de confinamiento domiciliario, así como a permitir una mayor movilidad (Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma). Va a ser, sin embargo, el “Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, en donde se recoja una previsión pormenorizada de tal proceso de paulatino retorno a la normalidad, estableciendo sus pautas rectoras. Movido por tal afán, se establecen los pasos a seguir por las distintas Administraciones, haciendo especial énfasis en el valor esencial atribuido al principio de colaboración. Sobre la base de tal premisa, en el diseño y desarrollo del proceso de desescalada se alude expresamente a su carácter “gradual, asimétrico”, así como a la coordinación con las CCAA. A este respecto, se contempla la necesidad de establecer “parámetros de adaptación en condiciones de máxima seguridad jurídica” que, por un lado, tomen “en consideración los cambios en la situación epidemiológica y en función del impacto de las medidas adoptadas” y, por otro, vengán a “aplicar un enfoque prudente que permita la reevaluación de los escenarios”. Todo ello en un contexto dominado por la apelación que, con carácter recurrente, se hace en torno al carácter “altamente participativo” que ha de presidir la desescalada, en el marco de una “eficaz coordinación de las CCAA con el Gobierno de España”.

La plasmación de tal aspiración inclusiva en clave autonómica, si bien enmarcada en el ámbito de la coordinación estatal, obtuvo visibilidad a través del principio de *cogobernanza* que ya desde la declaración del estado de alarma fue

acuñado por el Gobierno central y cuya manifestación más emblemática fueron las reuniones dominicales de la Conferencia de Presidentes⁴. No obstante, a pesar del avance que supone la recuperación de esta instancia de cooperación entre niveles de gobierno, sacándola del prolongado letargo en el que se hallaba inmersa (desde enero de 2017 no había vuelto a convocarse), hemos de recordar que las reuniones celebradas en el período comprendido por la primera alarma mostraron una efectividad muy reducida. Así se deduce del hecho de que, lejos de incorporar una dimensión codecisoria⁵, la Conferencia se limitó a actuar como un foro para la puesta en común de los problemas existentes en el marco de la crisis sanitaria y en la que el Presidente del Ejecutivo central venía a dar cuenta a sus homónimos autonómicos de decisiones ya adoptadas o en vía de adopción, así como de las novedades producidas.

Una línea similar de eficacia eminentemente simbólica de la *cogobernanza* se percibe, asimismo, en el proceso de desescalada. Como relevante elemento, destaca la atribución de un rol preponderante a favor del Ejecutivo central. La coordinación del proceso de desescalada se encomienda precisamente a éste, si bien viene a enfatizarse que se llevará a cabo a través de la interlocución con la Conferencia de Presidentes, los Consejeros autonómicos de Sanidad y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En cuanto al proceso de desescalada como tal aparece organizado en función de un “Cronograma orientativo de la transición hacia la nueva normalidad” que acompaña al Plan (Anexo III), que se inicia con una fase 0 (preliminar), que

⁴ La Conferencia de Presidentes vio la luz el 28 de octubre de 2004. Nació despojada de soporte normativo, afirmándose en la práctica como expresión de la voluntad de fomentar la dinámica cooperativa entre centro y periferia manifestada por el entonces presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero. Sólo una década después esta instancia de colaboración intergubernamental vertical al más alto nivel (está compuesta por el Presidente del Gobierno de la nación y sus homónimos autonómicos y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla) adquirió naturaleza formal, quedando expresamente recogida en el artículo 146 de la Ley 49/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Por otra parte, hay que tener presente que su andadura existencial ha resultado muy desigual, puesto que, tras una primera fase de actividad sostenida en el tiempo, cayó en una prolongada etapa de letargo de la que va a salir precisamente con ocasión del primer estado de alarma. Para un análisis en profundidad de las debilidades y fortalezas de este órgano cooperativo, cfr. J. TAJADURA TEJADA, *La Conferencia de Presidentes: Origen, evolución y perspectivas de reforma*, en *Revista de Derecho Político*, n. 101, 2018.

⁵ La Conferencia cuenta con un Reglamento Interno que es fruto de su potestad de auto-organización que fue adoptado en su IV Reunión, celebrada el 14 de diciembre de 2009. Dicho reglamento fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (19/XII/2009) como Orden TER/3409/2009, de 18 de diciembre del Ministerio de Política Territorial. En el mismo, se prevén dos modalidades de decisiones: por un lado, los acuerdos, que expresan compromisos políticos logrados con el consenso de todos sus miembros (artículo 6.2) y por otro, las recomendaciones, que son resultado del acuerdo adoptado entre Presidente del Ejecutivo central y 2/3 de los Presidentes autonómicos (artículo 6.3). Como se ha señalado en el texto, la actividad desplegada por la Conferencia durante el primer estado de alarma no se ajusta a lo dispuesto en su reglamento.

actúa como preparación a la desescalada propiamente dicha. Una vez concluida ésta, se activa la desescalada propiamente dicha, incorporándose una “Previsión orientativa para el levantamiento de limitaciones de ámbito nacional establecidas en el estado de alarma, en función de las fases de transición a una nueva normalidad” (Anexo II), cuyo contenido desgrena las actividades susceptibles de ser llevadas a cabo en cada una de dichas fases. En este sentido, viene a establecerse un panel de indicadores integral que toma como referentes cuatro ámbitos considerados esenciales: salud pública, haciendo especial hincapié en la evaluación de las capacidades estratégicas del sistema; movilidad interior en el país y también de cara al exterior; impacto social de la enfermedad e impacto económico derivado de la misma (Anexo I). Dada la naturaleza informal del Plan, él mismo incorpora una cláusula en la que se aclara que corresponde a los instrumentos jurídicos pertinentes dotar de efectividad práctica sus previsiones.

El eje principal que articula funcionalmente el marco establecido nos remite a la figura del Ministro de Sanidad, sobre el que recae la competencia para dictar órdenes e instrucciones relativas a las actividades permitidas en cada fase, así como a su alcance y ámbito territorial. Igualmente, cuando concurren motivos justificados de salud pública se le atribuye una facultad adicional para modificarlas, ampliarlas o restringirlas.

En cuanto a la metodología operativa para la toma de decisiones, la centralidad del responsable de la cartera de Sanidad vuelve a reiterarse, ya que es quien decide en qué fase de desescalada se halla cada territorio, así como las actividades permitidas y las condiciones específicas en las que éstas deben llevarse a cabo. En el ejercicio de su competencia, el Ministerio debe tomar como referente el panel de indicadores en el que se recogen los criterios técnicos operativos en el ámbito sanitario. Dichos criterios, que se utilizan para determinar cada dos semanas en qué fase, de avance o retroceso, se encuentra cada Comunidad Autónoma, se someten a una valoración conjunta, debiendo ser expresamente consensuados con equipos técnicos integrados por el Ministro y los Consejeros autonómicos de Sanidad. Por su parte, las CCAA disponen de un radio de acción muy limitado, contando únicamente con la potestad para trasladar al Ministro propuestas, debidamente justificadas, de incorporar a la fase correspondiente actividades no incluidas o no previstas. Asimismo, pueden proponer, una vez oídas las Entidades Locales afectadas, el cambio de fase de un determinado territorio, lo que deberá venir acompañado de un informe motivado en el que se indique el nivel de cumplimiento de los parámetros establecidos, así como la viabilidad de garantizar el aislamiento requerido en su caso. En ambos supuestos, la última palabra corresponde siempre al Ministro de Sanidad que, de este modo, sigue conservando, en su condición de autoridad competente delegada, la facultad de adoptar las decisiones correspondientes.

2.3. La activación del proceso de desescalada: el lento proceso de recuperación de competencias por las CCAA

Una vez constatado que todo el territorio nacional se encuentra en la Fase 0, con la excepción de las islas de Formentera, Gomera, El Hierro y La Graciosa que estaban ya en una fase más avanzada, el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, recoge los términos de la cuarta prórroga del estado de alarma autorizada por el Congreso y, asimismo, formaliza jurídicamente el procedimiento de desescalada diseñado por el Plan al que acabamos de referirnos. Como elemento más destacado cabe reseñar la confirmación de una cierta, aunque tímida, receptividad hacia la capacidad operativa de la esfera autonómica. El hecho es que, sin alterar la condición de autoridad delegada que sigue correspondiendo al Ministro de Sanidad, se atribuye a las Comunidades la facultad de proponer a éste, “a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad”, que acuerde “en el ámbito de su competencia, la progresión de las medidas aplicables en un determinado ámbito territorial, sin perjuicio de las habilitaciones conferidas al resto de autoridades delegadas competentes”. En un sentido similar, se contempla la posibilidad de que, en el proceso de desescalada, el Gobierno acuerde “conjuntamente con cada Comunidad Autónoma la modificación, ampliación o restricción de las unidades de actuación y las limitaciones respecto a la libertad de circulación de las personas, de las medidas de contención y de las de aseguramiento de bienes, servicios, transportes y abastecimientos, con el fin de adaptarlas mejor a la evolución de la emergencia sanitaria en cada comunidad autónoma”. La principal novedad que se produce en estos momentos es que la competencia para aplicar las medidas acordadas corresponde “a quien ostente la Presidencia de la Comunidad Autónoma, como representante ordinario del Estado en el territorio” (artículo 4 RD 514/2020).

Un ulterior, aunque siempre limitado, paso llamado a dotar de un mayor vigor sustantivo al principio de *cogobernanza* en el camino de la desescalada se producirá con la siguiente prórroga, aprobada por la Cámara Baja, estando ya en vigor la Fase I en la mayor parte del país⁶, al quedar vinculado el desarrollo de las funciones correspondientes al Ministro de Sanidad, en tanto que autoridad competente delegada, “al principio de cooperación con las CCAA” (artículo 6.1, Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo). Ya en la antesala del final del estado de alarma, la última de sus prórrogas (la sexta, formalizada en el Real Decreto 555/20, de 5 de junio) incorpora una significativa modificación, puesto que

⁶ Las islas de La Gomera, El Hierro y La Graciosa, así como la isla de Formentera, ya estaban en la fase II, mientras que el resto del territorio nacional todavía se encontraba en fase I. Quedaban al margen de ésta, la Comunidad de Madrid, parte de la provincia de Barcelona y algunas zonas de la Comunidad de Castilla y León.

reconoce la condición de autoridad competente delegada “a quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma”, confiriéndole a ésta, en el ejercicio de sus competencias, la potestad exclusiva para “la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada”. A este respecto, se introduce una importante y lógica salvedad, quedando expresamente excluidas “las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedan el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma a los efectos del proceso de desescalada” (artículo 6.1 RD 555/2020). Por último, se atribuye a las CCAA la potestad para decidir, “con arreglo a criterios y epidemiológicos, la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, por tanto, su entrada en la «nueva normalidad»” (artículo 6.2 RD 555/20).

3. *La fase de la nueva normalidad: la recuperación de competencias por las CCAA en un escenario de crisis sanitaria persistente*

3.1. *El marco regulador: de la normativa excepcional a la normativa extraordinaria*

Teniendo en cuenta que al iniciarse la etapa de nueva normalidad que comienza tras la finalización del estado de alarma (21 de junio) todavía no había concluido el proceso de desescalada, dado que todo el territorio nacional había alcanzado al menos la Fase II, pero no así la Fase III, resultaba imprescindible diseñar una respuesta normativa que viniera a establecer el marco jurídico idóneo para gestionar la todavía existente crisis sanitaria y lograr, como objetivo final, la restauración de la normalidad.

El hecho a remarcar es que el final del estado de alarma en unas condiciones epidemiológicas todavía precarias fue consecuencia directa del complejo escenario político existente que quedó en claramente en evidencia con la pérdida progresiva de apoyos parlamentarios que experimentó el Gobierno a través de las sucesivas prórrogas solicitadas. Confrontado a la realidad de un Congreso cada vez menos proclive a mantener la excepcionalidad en vigor, al Ejecutivo central no le quedó otra salida que diseñar un plan alternativo para gestionar la crisis sanitaria todavía existente. Aprobado en las postrimerías del primer estado de alarma, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 responde a esta necesidad, puesto que establece un marco jurídico de referencia que hunde sus raíces en el sustrato regulador de la excepcionalidad, si bien adaptándolo a unas condiciones que aparecen

formalmente vinculadas a circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad⁷ (artículo 86.1 CE). Su artículo 1 da buena prueba de tal aproximación, al afirmar que el objeto perseguido por el Real Decreto-ley no sólo responde a la necesidad de establecer las medidas urgentes que rezan en su título, sino también “prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente la expiración de la vigencia del estado de alarma”. En función de tal planteamiento, queda en evidencia una cuestión tan obvia como es que la crisis sanitaria, si bien sustancialmente atenuada, todavía persiste. Asimismo, que el riesgo de retrocesos sigue activo. Pasamos, pues, a un escenario fáctico de gestión de la pandemia en el que el levantamiento del estado de alarma no trae consigo la eliminación ni de su supuesto fáctico ni tampoco de sus normas reguladoras.

En relación con la batería de medidas que incorpora el Real Decreto-ley 21/2020, el primer elemento a reseñar es el amplísimo espectro de cuestiones (uso obligatorio de mascarillas, medidas a adoptar en centros de trabajo, sanitarios, docentes, en centros comerciales, restauración, transportes, entre otras) abordado. En relación con las mismas, se prevé que “serán de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19” (artículo 2.3 RDL 21/2020). Con carácter previo a la referida declaración, las CCAA deberán ser consultadas por el Gobierno el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (artículo 2.3 *in fine* RDL 21/2020).

En cuanto a las cuestiones relativas a la aplicación de las medidas contempladas, la norma dedica una atención preferente a la determinación de las instancias territoriales competentes, así como al establecimiento de previsiones referidas a su desarrollo. En relación con ambos aspectos emerge una perspectiva reguladora en la que la fuerte impronta del principio de coordinación que se introduce a favor del Ejecutivo central y del que se deriva la imposición de

⁷ A. CARMONA CONTRERAS, *La producción legislativa del Estado con incidencia en las Comunidades Autónomas*, en *Informe Comunidades Autónomas 2020*, cit., 311-319, pone de manifiesto cómo la potestad gubernamental de urgencia que se plasma en la figura de los decretos-leyes adquiere un protagonismo determinante a lo largo del año. De hecho, del análisis de la producción normativa primaria estatal producida durante dicho período emerge con claridad que éstos operan como fuente del derecho predominante en la gestión de la crisis generada por la pandemia, cuyos efectos se dejaron sentir en el ámbito sanitario, pero también, con especial crudeza, en la economía. La atención a las materias reguladas por los decretos-leyes emanados (un número total de 39) así lo deja en evidencia, habilitando toda una serie de medidas relacionadas con el ámbito de la salud, así como en el terreno de la protección de las empresas, los trabajadores y sectores sociales especialmente vulnerables.

diferentes obligaciones a las Autonomías, coexiste con el recurso constante a la activa implicación de éstas sobre la base del principio de colaboración.

En este contexto de dinámica relacional entre distintos niveles de gobierno resulta muy significativo en primer lugar por lo que a los órganos competentes se refiere, el establecimiento una cláusula de seguridad llamada a activarse “con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia” en virtud de la que la Administración General del Estado queda facultada para promover, coordinar o adoptar “de acuerdo con sus competencias cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en este real decreto-ley”. Por su parte, el rol atribuido a las CCAA en tales circunstancias aparece circunscrito únicamente al terreno de la mera “colaboración” (artículo 3.1 RDL 21/2020). Será en un momento sucesivo cuando se prevea el supuesto ordinario de gestión, atribuyéndose a los órganos competentes del Estado, las CCAA y las Entidades Locales, “en el ámbito de sus respectivas competencias, las funciones de *vigilancia, inspección y control* del correcto cumplimiento de las medidas establecidas en este real decreto-ley” (artículo 3.2 RD 21/2020, la cursiva es nuestra).

Desde la perspectiva del desarrollo de las actividades que corresponden a las CCAA el Real Decreto-ley se refiere expresamente a “la adopción de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias”, los cuales habrán de atender “los niveles de riesgo de exposición y de transmisión comunitaria de la enfermedad” y quedarán formalizados mediante el recurso a la figura de “las actuaciones coordinadas en salud pública” (artículo 5 RDL 21/2020). A este respecto, ha de llamarse la atención sobre el sustancial reforzamiento que experimentan estas actuaciones, a raíz de la reforma de su marco regulador (el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), confiándose un especial énfasis al doble objeto que las inspira: Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública, por un lado y por otro, cumplir los acuerdos internacionales y los programas de la Unión Europea. Como regla general, la declaración de las acciones coordinadas corresponde al Ministerio de Sanidad, mediando el acuerdo previo adoptado en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con audiencia de las CCAA afectadas directamente⁸. Ahora bien, el trámite de audiencia podrá

⁸ F. VELASCO CABALLERO, *Estado y Comunidades Autónomas durante la pandemia*, cit., 50, incide en una cuestión que debe ser objeto de atención preferente como es que en este supuesto el Consejo actúa como órgano de cooperación. Las acciones coordinadas son, en efecto, declaradas por el Ministerio de Sanidad, pero previamente han sido acordadas en el seno del Consejo Interterritorial. En función del contexto concurrente, no cabe atribuir efectos vinculantes a estas acciones, puesto que el Consejo limita su radio de actuación al que es propio de las conferencias sectoriales. En este sentido, resulta pertinente recordar que, en el ordenamiento jurídico español, ya desde la STC 76/1983, quedó establecido – y así lo recogen las leyes correspondientes – que los acuerdos adoptados por estos órganos de colaboración vertical y de naturaleza multilateral (en el que par-

obviarse cuando concurren “circunstancias de necesidad urgente”, aunque en tal caso sólo se adoptarán las “medidas estrictamente necesarias”, debiéndose informar con urgencia a aquéllas. En este supuesto, el valor jurídico atribuido a la figura de la acción coordinada experimenta un cambio sustancial, puesto que viene a dotarse de efectos preceptivos, dado que “obliga a todas las CCAA incluidas en la misma” (Disposición Final Segunda.1 RDL 21/2020). Tal salto cualitativo se justifica teniendo en cuenta que estamos ante una manifestación de la potestad de coordinación de la que es titular el Estado central que, por lo demás, se vincula a la concurrencia de circunstancias fácticas cualificadas por su urgencia y necesidad⁹.

El elenco de reformas en este ámbito concluye con la previsión de un nuevo artículo 65 bis de la Ley 16/2003 (Disposición Adicional Segunda.2 RDL 21/2020), que establece para el supuesto de que se verifique una “situación de emergencia para la salud pública”, la obligación a cargo de CCAA y Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial¹⁰ de aportar “de inmediato” al Ministerio de Sanidad “la información epidemiológica y la relativa a la capacidad asistencial que se requiera y la identificación de las personas responsables de la misma, así como las medidas de prevención, control y contención adoptadas (...) en los términos que se establezcan por el Ministerio de Sanidad”. El contenido de este nuevo precepto se cierra con la previsión de un deber de información que corresponde al Ministerio de Sanidad, que queda constreñido a convocar “con carácter urgente el Consejo Interterritorial de Sistema Nacional de Salud”.

Sobre la base de las previsiones apuntadas, se desprende con claridad que en la etapa de nueva normalidad el Consejo Interterritorial, un órgano sectorial integrado por los responsables de Sanidad de los ámbitos central y autonómico, está llamado a asumir un destacado protagonismo, en tanto que foro institucional en el que se canalizan las dinámicas de encuentro y cooperación interguberna-

ticipan representantes de las Comunidades Autónomas y del Gobierno Central) carecen de valor preceptivo, limitando sus efectos al ámbito de lo político.

⁹ En relación con esta segunda modalidad de actuación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud advierte F. VELASCO CABALLERO, *Estado y Comunidades Autónomas durante la pandemia*, cit., 52, que “no atribuye por sí ninguna competencia de coordinación al Ministerio, pues tal competencia proviene directamente del artículo 149.1.16 CE”. En el supuesto contemplado por el artículo 65, sigue razonando el autor, nos encontramos con “una regulación del ejercicio de esta competencia. Y lo hace, dentro de las opciones posibles, limitando el ejercicio de la potestad ministerial de coordinación a situaciones de urgente necesidad”. Circunscrita dentro de estos límites, emerge la existencia de una voluntad legislativa orientada a “constreñir lo máximo posible, sólo para situaciones por completo extraordinarias, la potestad de actuación unilateral (coordinación) del Ministerio, sin ni siquiera la propuesta previa del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”.

¹⁰ Tratándose de Entes Locales, la norma prevé que la información requerida “será recabada por el órgano competente en materia de salud pública de la correspondiente comunidad autónoma, que deberá transmitirla al Ministerio de Sanidad”.

mental en dicha materia¹¹. Las reuniones desarrolladas con regularidad a lo largo del tiempo, así como el nutrido número de acciones coordinadas adoptadas dan buena prueba de ello. Como contrapartida, nótese que el reforzamiento experimentado por el Consejo Interterritorial resulta directamente proporcional al declive sufrido por la Conferencia de Presidentes. Y es que una vez levantado el estado de alarma se puso punto final al ritmo semanal de reuniones, habiéndose verificado a partir de entonces tan solo dos encuentros: uno, el 31 de julio y otro, el 4 de septiembre de 2020.

Junto a las actuaciones coordinadas los “protocolos de vigilancia” también asumen una indudable relevancia en la gestión de la pandemia en el contexto inmediatamente posterior a la alarma. Vinculados al desempeño de tareas de detección y notificación de la situación epidemiológica que corresponde a las autoridades sanitarias autonómicas (artículo 24.1 RDL 21/2020), obligadas a comunicar al Ministerio de Sanidad la información de casos y brotes (artículo 24.2 RDL 21/2020) estos planes marcan la hoja de ruta a seguir. Aprobados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud han de incorporar un contenido, cuyos componentes aparecen expresamente desgranados en la norma que los regula: “las definiciones necesarias para garantizar la homogeneidad de la vigilancia, las fuentes de información, las variables epidemiológicas de interés, el circuito de información, la forma y periodicidad de captación de datos, la consolidación y el análisis de la información” (artículo 24.3 in fine RDL 21/2020). Gozan de naturaleza preceptiva, puesto que “serán de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional”, lo que, sin embargo, no es óbice para que respetando en todo caso “los objetivos mínimos acordados” se dé vía libre a la posibilidad de adaptación por las CCAA en función del contexto específico en el que se encuentren (artículo 24.3 RDL 21/2020).

Una nueva manifestación de la interrelación existente entre el Estado y las CCAA se detecta en el ámbito de la determinación de las medidas previstas para garantizar las capacidades del sistema sanitario (Capítulo VI RDL 21/2020), incorporándose la obligación de que las autoridades autonómicas remitan “al Ministerio de Sanidad la información sobre la situación de la capacidad asistencial y de necesidades de recursos humanos y materiales”. El establecimiento de los términos exigidos a la información requerida es competencia del “titular de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad” que, a tal efecto, queda constreñido a consultar previamente a las CCAA (artículo 30 RDL 21/2020).

Como contrapunto a lo expuesto, resulta cuanto menos sorprendente que

¹¹ P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Crisis sanitaria y modelo autonómico*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 115, critica la clamorosa ausencia del Senado en la gestión de la pandemia. De este modo, se pone en evidencia una vez más su incapacidad para actuar como una cámara de representación territorial en el marco del Estado autonómico.

no se disponga ningún deber de información o comunicación al Ministerio por parte de los responsables autonómicos en relación con los denominados “planes de contingencia COVID-19” (artículo 29 RDL 21/2020), con los que han de contar las aquéllas para garantizar una cuestión capital en la gestión de la contención de los contagios como es “la capacidad de respuesta y la coordinación entre los servicios de Salud Pública, atención primaria y atención hospitalaria”. En un sucesivo escalón de exigencia, se contemplan los “planes internos” que deben tener los centros de atención primaria y hospitalarios, de titularidad pública o privada “para hacer frente a la gestión de situaciones de emergencia relacionadas con COVID-19”. La finalidad de estos planes no es otra que “garantizar la capacidad para responder ante incrementos importantes y rápidos de la transmisión y el consiguiente aumento en el número de casos. Para ello, se debe disponer, o tener acceso o capacidad de instalar en el plazo preciso los recursos necesarios para responder a incrementos rápidos de casos en base a las necesidades observadas durante la fase epidémica de la enfermedad. Estos planes deberán incluir también las actuaciones específicas para la vuelta a la normalidad”. Así concebida la cuestión, las CCAA disponen de un necesario e imprescindible margen de actuación en la definición de sus planes de contingencia que, sin embargo, no viene acompañado de un no menos insoslayable elemento de coordinación con el Estado a través de la formulación del correspondiente deber de puesta en conocimiento de los mismos.

4. *El segundo estado de alarma: apostando por preservar el autogobierno autonómico*

4.1. *La paulatina descomposición de la nueva normalidad como antesala del segundo estado de alarma*

La constatación de un verano marcado por el preocupante e ininterrumpido aumento de las cifras de contagios en buena parte del territorio nacional trajo consigo un rosario de actuaciones de choque a cargo de las CCAA más afectadas. El instrumento jurídico utilizado para articular las medidas adoptadas en esta fase de nueva normalidad fue nuevamente el artículo 3 de la LOMEMSP. Sobre la base de la cláusula genérica habilitante, se acordaron incisivas previsiones limitadoras de derechos fundamentales –de forma muy destacada, los confinamientos perimetrales municipales o por zonas- territorialmente circunscritas que motivaron un alto grado de conflictividad jurisdiccional. En este sentido, el primer aspecto a reseñar es que, teniendo presente el efecto restrictivo anudado a las mismas su activación va a exigir la preceptiva autorización o ratificación por parte de los jueces contencioso-administrativos, según se recoge en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La novedad a subrayar

en relación con dicha exigencia es la modificación que el control jurisdiccional experimenta como consecuencia de la reforma operada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, distinguiéndose entre los siguientes supuestos: En primer lugar, se mantiene la previsión de que los Juzgados de lo contencioso-administrativo gozan de la competencia para autorizar o ratificar o autorizar “las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales”. El elemento de cambio reside en el hecho de que, a diferencia de lo previsto anteriormente, ésta queda vinculada a un supuesto concreto: “*cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada*” (Disposición Final 2.1, la cursiva es nuestra). En función de este enfoque, la definición de la competencia de ratificación o autorización judicial contemplada se hace depender tanto de la condición de la norma de la que trae causa la restricción de derechos fundamentales – un acto administrativo singular – como de que sus destinatarios sean personas concretas e individualizadas.

A continuación, se incorpora una previsión *ex novo* que supone un claro intento de solventar los graves problemas de seguridad jurídica que las genéricas medidas limitadoras de derechos plantearon ya en la fase inmediatamente precedente a la declaración de la primera alarma. Se trata de la encomienda a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la competencia de autorización o ratificación de las “medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales” en un supuesto específico, a saber, “*cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*” (Disposición Final 2.2, en la que se establece un nuevo apartado 8 al artículo 10 de la Ley 29/1998, la cursiva nuestra). Esta vía de solución, sin embargo, muy pronto dejó en evidencia la que se erige en su principal debilidad, esto es, lo insuficiente de la habilitación normativa de la que traen causa las decisiones restrictivas de derechos fundamentales (artículo 3 LOMEMSP). Asimismo, también se llamó la atención sobre la falta de proporcionalidad en la que incurrieron algunas de las medidas adoptadas, rechazándose su viabilidad jurídica. Distintas resoluciones judiciales así lo señalaron, destacando especialmente el Auto de 10 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que acordó no autorizar la medida de restricción de la libertad deambulatoria en el término municipal de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza) para la contención del rebrote del COVID-19, contenidas en la Orden de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Aragón de 7 de octubre de 2020. Tam-

bién, cabe reseñar el Auto de 28 de octubre de 2020, adoptado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el que se denegó la ratificación de las medidas acordadas en el apartado tercero de la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública. Esta concreta resolución judicial muestra un especial interés, puesto que resultó determinante para que, atendiendo a la ausencia de respuestas efectivas para frenar el avance de los contagios por parte de las autoridades autonómicas responsables, el Ejecutivo nacional hiciera uso de su potestad constitucional y declarase el estado de alarma territorialmente limitado a dicha Comunidad Autónoma (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre), durante un plazo de 15 días.

De este modo, se perfiló un panorama en el que la división de opiniones en sede jurisdiccional no solo trajo consigo una grave quebranto de la seguridad jurídica sino también una creciente perplejidad entre la ciudadanía. Va a ser precisamente este trasfondo de incertidumbre el que da pie para que algunas de las CCAA más afectadas por los avances de los contagios (Euskadi, Asturias, Extremadura, Navarra, Cataluña, La Rioja, Melilla, Castilla-La Mancha, Cantabria y Valencia) solicitaran expresamente al Gobierno de la una nueva declaración del estado de alarma a escala nacional. Así sucedió el 25 de octubre, fecha en la que se aprueba el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Con ello, se abría una nueva etapa de excepcionalidad en nuestro país.

4.2. De nuevo el estado de alarma: una orientación distinta para el mismo instrumento excepcional

Lo primero que debe ponerse de manifiesto en relación con esta nueva declaración del estado de alarma es que presenta unos trazos configuradores muy distintos a los establecidos en la experiencia precedente. Para empezar, desde una perspectiva temporal, se opta por una alarma de duración prolongada fijada ya desde su arranque. En efecto, una semana después de su declaración el Gobierno, que no llegó a agotar el plazo máximo de 15 días constitucionalmente previsto, obtuvo la prórroga del estado de alarma solicitada al Congreso de los Diputados, cuya extensión quedó fijada en un período de seis meses (Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2).

En relación con la extensión temporal de la prórroga se impone una

reflexión de índole abiertamente crítica¹². Marcando una neta diferencia con la precedente fase de alarma, se prescinde de adoptar el modelo articulado en función de una cadencia temporal de 15 días, transcurridos los cuales, el Gobierno debía someter su prórroga a la autorización del Congreso de los Diputados. El ya aludido desgaste político derivado de esta opción, que se concretó en la aminoración paulatina del apoyo recibido en sede parlamentaria al mantenimiento de la alarma, se muestra como elemento decisivo para abandonar dicho modelo. El punto a subrayar es que, ante el silencio que a este respecto mantienen tanto la Constitución como la LOEAES, que nada establecen expresamente sobre la duración de la prórroga del estado de alarma¹³, el Gobierno no consideró que concurriese problema jurídico alguno para establecerla durante un semestre. En la Exposición de Motivos del Real Decreto de prórroga se justificaba tal petición sobre la base de las siguientes consideraciones: “dada la tendencia ascendente en el número de casos, la evolución esperada en los próximos meses, con una climatología adversa que reduce la posibilidad de desempeñar actividades en espacios abiertos, y la situación de posible sobrecarga del sistema asistencial, que podría llegar hasta bien entrada la primavera si no se actúa con instrumentos apropiados para frenar la propagación de la enfermedad, se considera necesario y proporcionado extender la aplicación de medidas que han demostrado ser eficaces para reducir situaciones de riesgo de transmisión y frenar los contagios, como las contenidas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, durante un periodo de seis meses, al estimar que este plazo de tiempo ofrece la mayor seguridad posible para poder proteger adecuadamente la salud de la población con la información disponible en estos momentos”.

Por nuestra parte consideramos que las justificaciones alegadas, aunque ciertamente no se muestran despojadas de una base real, no son en sí mismas suficientes para neutralizar el exceso evidente que implica una prórroga tan prolongada en el tiempo. Aunque, como ya se ha indicado, no existen disposiciones normativas expresas que marquen un límite temporal preciso, no puede deducirse la admisibilidad de cualquier duración de la prórroga, porque la LOEAES exige, en el capítulo de disposiciones generales, que tanto las medidas como la duración de los estados excepcionales sean “las estrictamente indispensables”, requiriéndose, asimismo, que su aplicación se realice “en forma proporcionada

¹² La doctrina constitucionalista, de forma prácticamente unánime, coincide en considerar que dicha prórroga incurre en un vicio de inconstitucionalidad. Cfr., por todos, F.J. MATIA PORTILLA, *Ensayo de aproximación a las cuestiones planteadas por la crisis sanitaria en relación con el Estado autonómico*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 166.

¹³ Una posición contraria adopta M. ARAGÓN REYES, *Covid y Estado autonómico*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 87, quien defiende que la Constitución contiene un mandato implícito sobre la duración de la prórroga del estado de alarma que, en ningún caso, puede ser superior a 15 días.

a las circunstancias” (artículo 1.2). Atendiendo a estos requisitos, el arco temporal definido resulta excesivo, al no respetar el principio de proporcionalidad¹⁴. Esta conclusión, por lo demás, se refuerza sustancialmente teniendo en cuenta el diseño que de la gestión de la alarma se introduce en esta segunda fase. En efecto, marcando una diferencia sustancial con el modelo centralizado (sic., de “mando único”) que caracterizó la primera experiencia de alarma, en la actual va a obtener carta de naturaleza sustancial un escenario regido por el principio de *cogobernanza*. Así se desprende del enfoque funcional aplicado por el Real Decreto 926/2020, procediendo de la siguiente manera: Comienza diseñando una serie de limitaciones de derechos fundamentales susceptibles de aplicarse durante el estado de alarma: (1) libertad de circulación de las personas en horario nocturno, el denominado toque de queda (artículo 5.1); (2) entrada y salida de las Comunidades y Ciudades Autónomas, también conocido como cierre perimetral (artículo 6.1); (3) permanencia de un máximo de 6 personas en espacios privados y con respecto a lugares de tránsito público (artículo 7.1); (4) previsión de la posibilidad de limitar, condicionar o prohibir el ejercicio de la libertad de reunión y manifestación recogido en el artículo 21 CE siempre que sus promotores no garanticen el mantenimiento de la distancia personal que impida los contagios (artículo 7.3); (5) permanencia en lugares de culto acompañada de la limitación de los aforos (artículo 8).

Quebrando la opción del “mando único” asumida en la primera alarma, ahora, se confiere a los Presidentes autonómicos y de las ciudades autónomas la condición de autoridades competentes delegadas (artículo 2.2), asignándoles la competencia para decidir sobre la activación y eficacia de las medidas reseñadas (artículo 9). Este modo de proceder choca con la literalidad del artículo 7 LOEAE, que prevé lo siguiente: “A los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad”.

Es obvio que el supuesto contemplado en sede legislativa se refiere a un supuesto de alarma territorialmente circunscrito a una sola Comunidad Autónoma y no, ciertamente, operativo a nivel estatal. Sobre la base de tal constatación, la doctrina constitucionalista ha señalado las dudas que trae consigo la decisión adoptada por el Gobierno central al declarar la segunda alarma¹⁵, oscilando

¹⁴ Compartimos la valoración realizada por J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *La crisis del coronavirus tras el primer estado de alarma*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 68, llamando la atención sobre la pertinencia de establecer una prórroga temporalmente más breve, puesto que “evita los riesgos de dispersión o exceso de heterogeneidad en que pueden incurrir las Comunidades Autónomas; y así se daría la oportunidad de recomponer la unidad en la actuación contra la pandemia, abordable también según criterios de flexibilidad que pueden producir una mayor eficacia”.

¹⁵ Una posición minoritaria es la asumida por T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El Estado*

entre dos extremos: por una parte, quienes señalan la existencia de problemas prácticos que en términos políticos, pero sin concluir que de ello se derive un efecto de inconstitucionalidad¹⁶ y aquellos otros que sostienen precisamente tal consecuencia¹⁷.

El margen de maniobra operativa con que cuentan los Presidentes Autonómicos como autoridades competentes delegadas es muy amplio, vinculándose a “la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad” de su respectivo territorio. El ejercicio de esta facultad, por lo demás, requiere la “previa comunicación al Ministerio de Sanidad” y en aras de garantizar la coordinación en su aplicación, atender a lo dispuesto por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que queda investido de la facultad para adoptar “cuantos acuerdos procedan, incluidos, en su caso, el establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo” (artículo 13). Adicionalmente, las autoridades competentes delegadas también disponen de la capacidad para modular, flexibilizar y suspender las restricciones establecidas por el decreto de alarma, quedando habilitadas para adoptar las siguientes decisiones: (1) adelantar a las 22 horas el inicio del toque de queda y también para determinar su finalización en la horquilla horaria comprendida entre las 5 y las 7 horas (artículo 5.2); (2) establecer cierres perimetrales en el interior de la Comunidad Autónoma, con un ámbito geográfico inferior a la misma (artículo 6.2); (3) rebajar el número máximo (6) de personas permitido en las reuniones privadas (artículo 7.2)¹⁸.

Es evidente que en este modelo de gestión descentralizada de la alarma la responsabilidad política se desplaza desde el poder central al ámbito autonómico¹⁹, de tal manera que, respetando las exigencias de coordinación establecidas,

autonómico y la lucha contra la pandemia, cit., 83, abogando por una interpretación flexible del artículo 7 LOEAES y defendiendo que la delegación a favor de los Presidentes Autonómicos es aceptable.

¹⁶ P. GUERRERO VÁZQUEZ, *El impacto territorial de la crisis sanitaria*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 143-144.

¹⁷ M. ARAGÓN REYES, *Covid y Estado autonómico*, cit., 85.

¹⁸ J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *La crisis del coronavirus tras el primer estado de alarma*, cit., 66, manifiesta importantes dudas – que compartimos – con respecto a la “escasa densidad normativa” que presenta la normativa aprobada. En su opinión, “la ‘vaguedad’ en el establecimiento de los supuestos en que procede la actuación limitadora de las Comunidades Autónomas es bien patente y la habilitación que se hace al Consejo para que establezca los supuestos de la actuación de coordinación es prácticamente en blanco, sin la asunción de cautela o condicionamiento alguno”.

¹⁹ M. ARAGÓN REYES, *Covid y Estado autonómico*, cit., 86, valora en términos abiertamente críticos este planteamiento, afirmando que no estamos ante una “declaración efectiva y de inmediata vigencia del estado de alarma”. Muy al contrario, sigue razonando el autor, “se ha acudido a una especie de estado de alarma como norma de habilitación para que sean, en realidad, las Comunidades Autónomas, aunque dentro de unos determinados parámetros (...) las que efectúen esa declaración”.

la rendición de cuentas se activará a escala territorial²⁰. Consecuentemente, los Ejecutivos de las CCAA están llamados a responder ante sus respectivos Parlamentos. Es precisamente aquí que, a nuestro parecer, reside la principal debilidad de la prórroga acordada: el déficit de fiscalización gubernamental por parte de la representación popular en sede territorial, que se hace depender, lógicamente, de lo que se establece en cada Comunidad Autónoma. La ausencia de mecanismos de control específicos vinculados al contexto de excepcionalidad concurrente a escala territorial, puesto que nada se dispone en este sentido por los reglamentos de los parlamentos autonómicos, abre un importante flanco de debilidad democrática sobre el modelo de *cogobernanza* diseñado²¹. Una situación insatisfactoria que no logra neutralizarse mediante la incorporación de la siguiente previsión (artículo 14 del Real Decreto 956/2020): “El Presidente del Gobierno solicitará su comparecencia ante el Pleno del Congreso de los Diputados, cada dos meses, para dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno de España en relación a la aplicación del Estado de Alarma. El Ministro de Sanidad solicitará su comparecencia ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, con periodicidad mensual, para dar cuenta de los datos y gestiones correspondientes a su departamento en relación a la aplicación del Estado de Alarma”.

El elemento más insatisfactorio es que estamos ante una norma que, desde una perspectiva cualitativa, denota una profunda incompreensión del sentido del control parlamentario al que está sometido, por imperativo constitucional el Ejecutivo, ya que su puesta en práctica se conecta a las exigencias de la representación de la ciudadanía, sin que dependa de que así se solicite por el órgano gubernamental, que es lo que aquí se prevé. Adicionalmente, se constata una insuficiencia de índole cuantitativa, puesto que las solicitudes de comparecencia parlamentaria se prevén en el caso del Presidente del Gobierno con una cadencia temporal de dos meses y en el del Ministro de Justicia, de uno. En un escenario pandémico marcado por la fluidez y continuidad de los cambios producidos, los tiempos marcados no responden a las exigencias concurrentes.

²⁰ E.J. MATIA PORTILLA, *Ensayo de aproximación a las cuestiones planteadas por la crisis sanitaria en relación con el Estado autonómico*, cit., 161, manifiesta una posición contraria a este diseño operativo. En opinión del autor, lo pertinente hubiera sido que “el centro de decisión fuera – siguiera siendo – único y atendiera al interés general contando con las administraciones territoriales para conocer la situación y, en su caso, para ejecutar o implementar las medidas”.

²¹ Nos sumamos a la propuesta formulada por P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Crisis sanitaria y modelo autonómico*, cit., 118, quien reclama la necesidad de llevar a cabo un estudio sobre el control desarrollado por parte de los Parlamentos autonómicos que, más allá de las apariencias estadísticas o formales, tome en consideración elementos cualitativos, valorando tanto su calidad como su intensidad.

5. *Reflexiones conclusivas*

A la luz del recorrido analítico realizado en las páginas precedentes corresponde ahora llevar a cabo una valoración sobre cuál ha sido el impacto que la pandemia ha proyectado sobre el Estado autonómico. En tal sentido, resulta imprescindible distinguir entre las distintas modalidades de gestión que se han sucedido en el tiempo, desde el 14 de marzo de 2020, cuando se decretó el primer estado de alarma a escala nacional hasta el 9 de mayo de 2021, fecha en la que decae el declarado el 25 de octubre tras extinguirse el período de seis meses de prórroga concedido por el Congreso de los Diputados.

Por lo que respecta al primer estado de alarma, se ha constatado la existencia de una actitud marcadamente centralizadora en sus inicios, que va a ir dando paso a una aproximación progresivamente receptiva a favor de la reincorporación de las Autonomías a la gestión de la crisis sanitaria. En función de tal enfoque se desprende que tras una primera etapa en la que, ante la gravedad de la situación epidemiológica, todo el poder quedaba concentrado en la figura del Ministro de Sanidad, se transitará, de la mano de la contención del virus (el aplanamiento de la curva), hacia un escenario diverso en el que, sin abandonar la centralidad de aquel, se abre la puerta a una mayor implicación de las CCAA. De este modo, el concepto de *cogobernanza*, despojado de virtualidad efectiva en el momento de su formulación, puesto que limitaba su operatividad a las reuniones informativas de la Conferencia de Presidentes celebradas cada domingo, irá ganando un cierto peso específico en términos prácticos, abriendo ciertos espacios para la gestión autonómica, aunque siempre bajo la autoridad del Ministro de Sanidad, en su condición de autoridad competente delegada.

Por su parte, en relación con la etapa de nueva normalidad resulta pertinente recordar que el levantamiento del estado de alarma acaecido el 21 de junio de 2020, si bien goza de justificación política, puesto que es consecuencia directa de la mengua progresiva de apoyos parlamentarios obtenidos por el Gobierno en las sucesivas prórrogas de la alarma, no se muestra en consonancia con la situación epidemiológica de nuestro país, que en tal momento y salvo contadas excepciones, se hallaba en la fase II de la desescalada. En tales circunstancias, la restitución de las competencias sanitarias a las CCAA, aun mereciendo una valoración inicialmente positiva, puesto que devuelve el centro de gestión decisional a su ámbito natural desde una perspectiva constitucional y estatutaria, no se llevó a cabo en términos idóneos. La ausencia de un marco claro de indicadores rectores de las fases de desescalada se muestra como uno de los déficits más relevantes, puesto que el panel de indicadores epidemiológicos, de movilidad y atendiendo a parámetros sociales y económicos diseñado por el Gobierno de España en su Plan de Transición hacia la Nueva Normalidad no incorporaba ningún criterio de ponderación explícita en el proceso de toma de decisiones. Con ello se abría

un significativo espacio para la discrecionalidad de los responsables políticos autonómicos al margen de criterios técnicos preestablecidos.

Otra cuestión relevante a considerar en la etapa de nueva normalidad es la relativa a la previsión de mecanismos de coordinación a cargo del Estado. Como se vio en su momento, el RDL 21/2020, que traza las líneas maestras de la *cogobernanza* en esta fase vino a establecer diversas previsiones al respecto, llevando a cabo una decidida apuesta a favor del Consejo Interterritorial de Salud, que se erige en instancia que asume el protagonismo principal en la dinámica relacional entre el gobierno central y sus homónimos autonómicos. Sin embargo, esa centralidad no viene acompañada en la en la práctica por la previsión de concretas disposiciones mediante las que el Estado pueda verificar efectivamente que las CCAA están cumpliendo las obligaciones previstas en el Real Decreto-ley de nueva normalidad: rastreo, detección, recursos humanos y sanitarios, planes de contingencia, etc.

Precisamente sobre la base de las debilidades expuestas compartimos la valoración crítica del proceso de desescalada seguido tras el final del estado de alarma puesta de manifiesto por la revista *The Lancet*²², que en su editorial del 20 de octubre de 2020 señala por un lado que “algunas autoridades regionales fueron probablemente demasiado rápidas en la reapertura y demasiado lentas en la implementación de un sistema eficiencia de detección y rastreo de casos”. Por otro, que “la infraestructura de control epidemiológico a escala local fue insuficiente para controlar futuros rebrotes y limitar la transmisión comunitaria”. En este sentido, “la polarización política y la gobernanza descentralizada” son consideradas como las principales causas que “pudieron obstaculizar la rapidez y la eficiencia de la respuesta de la sanidad pública” en el proceso de desescalada, lastrando la puesta en marcha de las medidas pertinentes para frenar la segunda ola de la pandemia que, a diferencia de la primera, no resultaba impredecible. Unas medidas restrictivas de la libertad de circulación de la ciudadanía (cierres perimetrales y confinamientos de zonas especialmente afectadas por la expansión del virus) adoptadas por las autoridades autonómicas sobre la base de la legislación sectorial (señaladamente, el artículo 3 LOMEMSP) que, como se ha indicado ocasión, generaron dudas y no cosecharon el respaldo unánime de los nuevos sujetos legalmente habilitados (a partir de septiembre de 2020) para su ratificación o autorización: las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con una nueva ola de la pandemia en plena expansión y para superar la grave situación de inseguridad jurídica derivada de la división de opiniones judicial ante las restricciones de derechos fundamentales adoptadas en sede autonómica, llegó una nueva declaración del estado de alarma a nivel nacional, el 25 de octubre de

²² COVID-19 in Spain: a predictable storm?, en www.thelancet.com/public-health, publicado on line el 16 de octubre de 2020, [https://doi.org/10.1016/52468-2667\(20\)30239-5](https://doi.org/10.1016/52468-2667(20)30239-5).

2020. En esta ocasión, sin embargo, se detecta una aproximación reguladora en las antípodas de su predecesora. En efecto, con la lección aprendida del potente efecto de erosión política que se dedujo de la cita quincenal ante el Congreso de los diputados para obtener la correspondiente prórroga, ahora se opta por una solución claramente desproporcionada. Se extiende durante seis meses, lo que supone una quiebra obvia de los postulados genéricos que inspiran la configuración constitucional y legal de los estados excepcionales: duración mínima y estrictamente circunscrita en el tiempo. Junto a ello, desde la perspectiva del *modus operandi* diseñado, se produce una clara cesura con respecto a la figura del mando único y la configuración de una *cogobernanza* eminentemente testimonial y desprovista de efectivo contenido sustancial de la primera alarma, apostando por un planteamiento decididamente descentralizado.

En este nuevo escenario, el Gobierno central procede a definir una genérica hoja de ruta fijando cuáles son las restricciones de derechos fundamentales operativas durante la vigencia de la alarma. Pero a partir de ahí y dentro de los límites trazados por el decreto regulador, van a ser los Presidentes autonómicos, en su condición de autoridades competentes delegadas, quienes resulten investidos de potestad no sólo para determinar su activación sino, asimismo, para proceder a su modulación, flexibilización o suspensión a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y siguiendo los acuerdos adoptados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, entre los que adquieren especial relevancia los dedicados al establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo.

A la luz de lo expuesto, es posible concluir que en la segunda alarma se produjo un notable avance con respecto a la fase de nueva normalidad, puesto que el amplio margen decisional con el que cuentan las autoridades autonómicas se ve compensado por el establecimiento de márgenes de contención que aseguran unos niveles mínimos de coordinación. No obstante, como contrapunto negativo a este esquema operativo emerge la esencial cuestión del control parlamentario de la actuación gubernamental autonómica, que queda exclusivamente al albur de los mecanismos de fiscalización ordinaria existentes en las asambleas territoriales, al mostrarse huérfano de vías específicas diseñadas para la rendición de cuentas de la gestión de la excepcionalidad sanitaria concurrente.

Abstract

El presente artículo analiza el impacto que la gestión de la crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus SARS-CoV-2 ha proyectado sobre el Estado autonómico. La declaración del primer estado de alarma, la etapa inmediatamente posterior de nueva normalidad, así como la segunda alarma activada para contener los avances de la segunda ola de contagios ponen de manifiesto rasgos configuradores muy diversos desde la perspectiva de la gestión de la crisis sanitaria a escala territorial. Tomando en consideración la existencia de una distinta aproximación al fenómeno se constata una dinámica de intensidad variable relativa a la efectividad del principio de descentralización territorial en materia de salud pública.

The State of Autonomic Regions and the Legal Management of the Pandemic

This essay analyzes the impact that the management of the health crisis caused by the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic has projected on the Autonomous State. The declaration of the first state of alarm, the immediately subsequent stage of a new normal, as well as the second alarm activated to contain the advances of the second wave of infections, reveal very different configurative features from the perspective of the management of the health crisis to territorial scale. Taking into consideration the existence of a different approach to the phenomenon, a dynamic of variable intensity is observed regarding the effectiveness of the principle of territorial decentralization in matters of public health.

L'Ufficio parlamentare di bilancio, oggi (a proposito dello studio di A. Vernata, L'Ufficio parlamentare di bilancio. Il nuovo organo ausiliare alla prova del primo mandato e della forma di governo, Napoli, 2020)

di Guido Rivosecchi

SOMMARIO: 1. Una ripresa degli studi sull'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'ormai consolidata disciplina del diritto costituzionale del bilancio. – 2. L'Ufficio parlamentare di bilancio tra Unione europea, Stato e autonomie territoriali. – 3. L'Ufficio parlamentare di bilancio, preteso potere dello Stato. – 4. Quali prospettive per l'Ufficio parlamentare di bilancio tra accentramento dei pubblici poteri, autonomie territoriali e legittimazione dell'organo?

1. *Una ripresa degli studi sull'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'ormai consolidata disciplina del diritto costituzionale del bilancio*

Ormai da qualche tempo si registra una significativa ripresa degli studi su temi inerenti a quello che può ormai essere definito il diritto costituzionale del bilancio. Essa ha interessato sia la manualistica specializzata¹, sia opere collettanee², sia studi monografici³, nonché saggi e articoli che, con sempre maggiore frequenza, vengono ospitati nelle riviste scientifiche, sino ad arrivare alla fondazione di nuovi periodici. Basti pensare all'ultimo nato, la Rivista “Bilancio, Comunità, Persona”, che, a distanza di soli tre anni dalla sua fondazione, già fornisce un prezioso punto di riferimento per gli studiosi e gli operatori del settore.

A tutto ciò deve aggiungersi la ripresa, a far data dal 2018, dei Convegni nazionali di Contabilità pubblica e bilancio, giunti ormai al quarto anno consecutivo, effetto della proficua collaborazione tra il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Pisa e il Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari di Venezia⁴.

¹ Cfr., ad esempio, P. SANTORO, E. SANTORO, *Manuale di Contabilità e finanza pubblica*, Rimini, Maggioli Editore, 2018; A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci, 2018.

² Cfr., ad esempio, A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè, 2020; V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti. Raccolta di studi sui temi più attuali innanzi alla Corte dei conti*, Napoli, ESI, 2019; V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti*, Napoli, ESI, 2020.

³ Cfr., di recente, M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, Torino, Giappichelli, 2019; E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, Cedam, 2020; E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere. Pubblica amministrazione e governo dei mezzi finanziari*, Bologna, il Mulino, 2021.

⁴ Sono già stati pubblicati gli Atti del primo Convegno annuale di Contabilità pubblica svol-

Nel contesto sinteticamente richiamato, tra i recenti contributi della dottrina, si segnalano anche quelli rivolti a prendere in esame un organo che ha assunto un rilievo centrale nelle decisioni finanziarie, ma invero ancora non sufficientemente indagato. Si tratta dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio (d'ora in poi: UPB): l'organismo indipendente, previsto dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 sul c.d. pareggio di bilancio e dalla legge rinforzata n. 243 del 2012 sull'attuazione dell'art. 81 Cost., a cui è affidata l'analisi e la verifica degli andamenti di finanza pubblica allo scopo di valutare l'osservanza delle regole di bilancio. L'UPB opera nel "sistema" degli analoghi *Fiscal Council* istituiti dagli Stati membri dell'Unione europea, coordinati dall'*European Fiscal Board*, l'autorità chiamata a verificare l'andamento dei conti pubblici e il rispetto delle regole per conto della Commissione europea.

I *Fiscal Council* rispondono quindi all'esigenza di garantire nel sistema euro-nazionale di governo dei conti pubblici l'attendibilità delle stime previsionali sottoposte all'esame dei Parlamenti nazionali per assicurare la credibilità e la "tenuta" delle regole del diritto del bilancio⁵.

L'ordinamento italiano si è quindi dotato di un organismo indipendente a cui fonti costituzionali e rinforzate rimettono la valutazione degli scostamenti dalla disciplina di bilancio euro-unitaria e degli «eventi eccezionali» che possono giustificare tali deviazioni. Quelle affidate all'UPB sono dunque funzioni strumentali alle decisioni del Parlamento, distinte da quelle degli organi di controllo e giurisdizionali (Corte dei conti e Corte costituzionale), in quanto espressamente rivolte a valutare l'attendibilità delle proposte del Governo rispetto agli obiettivi di finanza pubblica al fine di consentire una decisione parlamentare maggiormente consapevole.

D'altra parte, anche qualora non fosse stato espressamente previsto, l'esigenza di introdurre un organismo indipendente a cui attribuire tali compiti era in

tosì il 6-7 dicembre 2018 all'Università degli Studi di Pisa (*La dimensione globale della finanza e della Contabilità pubblica*, Atti del Convegno annuale di Contabilità Pubblica. Pisa, 6-7 dicembre 2018, a cura di A. BALESTRINO, M. BERNASCONI, S. CAMPOSTRINI, G. COLOMBINI, M. DEGNI, P. FERRO, P.P. ITALIA, V. MANZETTI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020), a cui hanno fatto seguito i Convegni tenutosi il 28-29 novembre 2019 all'Università Ca' Foscari di Venezia e il 17/19 dicembre 2020 all'Università degli Studi di Pisa (webinar), i cui Atti sono in corso di pubblicazione, a cui farà seguito il quarto Convegno annuale che si terrà il 16-17-18 dicembre 2021 presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

⁵ In questa prospettiva, cfr. V. TONTI, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed europeo della governance economica*, Torino, Giappichelli, 2017; C. FASONE, D. FROMAGE, *Fiscal Councils: Threat or Opportunity for Democracy in the Post-Crisis Economic and Monetary Union?*, in L. DANIELE, P. SIMONE, R. CISOTTA (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Torino-Berlin, Springer, 2017, 165 ss.; J.E. ALT, D.D. LASSEN, *Fiscal councils and fiscal transparency*, in R. BEETSMA, X. DEBRUN (eds.), *Independent Fiscal Councils: Watchdogs or lapdogs?*, Londra, CEPR Press, 2018, 80 ss.; A. VERNATA, *Il ruolo dell'Ufficio parlamentare di bilancio nella forma di governo italiana: limiti e prospettive*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, 22 ss.

qualche modo presupposta alla legge costituzionale n. 1 del 2012. Quest'ultima ha infatti introdotto in Costituzione nozioni sino a quel momento proprie della sola teoria economica come quelle di «fasi avverse e fasi favorevoli del ciclo economico», di «sostenibilità del debito» e di limiti all'indebitamento (artt. 81 e 119 Cost.) che presuppongono l'analisi delle fasi espansive e di quelle recessive in ordine all'ampiezza del disavanzo consentito per garantire l'effettiva giustiziabilità dei rinnovati parametri costituzionali. Da questi ultimi discende la necessità di adottare provvedimenti correttivi e la conseguente esigenza di misurare la congruità delle proposte avanzate dal Governo e discusse dal Parlamento rispetto al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica concordati in sede europea⁶. In altre parole, la riforma dell'art. 81 Cost. riflette un impianto teorico che esige di per sé l'introduzione di un organismo capace di attenuare le asimmetrie informative tra Governo e Parlamento per sorreggere adeguatamente le Camere⁷ in quella che ancora oggi rimane la più politica delle decisioni – il voto del bilancio – perché esprime le scelte impositive, allocative e redistributive nel finanziamento dei diritti.

La ricostruzione della decisione di bilancio nel suo inquadramento teorico-dogmatico e nelle sue linee evolutive dimostra come l'istituto sia rivolto anzitutto ad assicurare il *controllo democratico* sulle decisioni di finanza pubblica. Sul bilancio si è infatti storicamente sviluppato il conflitto tra i poteri per il controllo sull'impiego delle risorse ed è per questa ragione che, sin dalle origini, attorno all'istituto ruotano due aspetti cruciali del diritto costituzionale: da un lato, i soggetti che detengono il potere di bilancio, a cui si collega il tema centrale della loro legittimazione; e, dall'altro lato, le regole del procedimento e della decisione⁸.

In questa prospettiva, così come in passato, anche nel quadro della legge costituzionale n. 1 del 2012, le regole del procedimento e l'articolazione degli organi coinvolti nella decisione – pur se funzionali a osservare il precetto dell'equilibrio e ad assicurare l'attendibilità delle stime su cui si sviluppa la dialettica tra Governo e Parlamento – devono essere comunque strumentali a garantire le libere scelte della rappresentanza politica.

In una prima fase, soprattutto in occasione del dibattito che ha condotto alla legge costituzionale n. 1 del 2012 e all'istituzione dell'organo, l'UPB è stato

⁶ Sulle origini di questa prospettiva, poi largamente suffragata dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, cfr. G. RIVISECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007, spec. 43 ss.

⁷ Al riguardo, cfr., in maniera significativa, C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, FrancoAngeli, 2014, 204 ss.

⁸ Per l'approfondimento di questa prospettiva, cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2015, 1673 ss.; ID., *Bilancio, forma di governo, forma di Stato*, in *Costituzione e bilancio*, a cura di C. BERGONZINI, Milano, FrancoAngeli, 2019, 39 ss.; nonché G. RIVISECCHI, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2020, 1 ss.

oggetto di significativo approfondimento della dottrina⁹. Successivamente, lo sviluppo degli studi sul *Fiscal Council* italiano ha fatto registrare una fase di quiescenza per poi riprendere con rinnovata intensità, soprattutto negli ultimi anni, tra l'altro in prossimità della conclusione del primo mandato dell'organo (peraltro ancora di là da venire, in forza della *prorogatio* accordata agli attuali componenti del Consiglio)¹⁰.

È in questa prospettiva che si colloca anche lo studio di Andrea Vernata rivolto ad approfondire il ruolo dell'UPB nella forma di governo, tenendo conto dell'incidenza sull'istituzione dell'organo assunta dalla crisi economico-finanziaria del 2011 e dalle conseguenti "reazioni" del diritto dell'Unione europea.

In particolare, la monografia si articola in quattro capitoli: nel primo viene preso in esame il peculiare contesto della crisi dei debiti sovrani e il rafforzamento dei vincoli europei al governo dei conti pubblici degli Stati dell'Eurozona, sino all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2012 e della legge n. 243 del 2012; nel secondo vengono analizzate organizzazione e funzioni dell'UPB; nel terzo l'attività dell'organo è presa in esame nella prospettiva della

⁹ Cfr. C. GORETTI, *Pareggio di bilancio e credibilità della politica fiscale: il ruolo del fiscal council nella riforma costituzionale italiana*, Intervento alla Giornata di studio organizzata dalla Assemblea Regionale Siciliana, *Il ruolo degli apparati serventi delle Assemblée legislative tra tradizione e linee di sviluppo*, Palermo, 20 gennaio 2012 (reperibile al sito www.astrid-online.it); L. GIUNTI, *Il CBO alla "portoghese": una nota stonata nel finale della legislatura?* (12/12/2012), in www.astrid-online.it; M. CAUSI, *La legge "rafforzata" di bilancio, il CBO alla portoghese e i commenti all'amatriciana* (15/12/2012), in www.astrid-online.it; L. GIUNTI, *Ancora sul CBO alla portoghese: una replica a Marco Causi*, *ivi*; D. CABRAS, *Un Fiscal Council per l'Italia*, in *Il Filangieri – Quaderno 2011 – Costituzione e pareggio di bilancio*, a cura di V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA, Napoli, Jovene, 2012, 177 ss.; L. GIUNTI, *Prime note sulla costituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2013 (reperibile al sito www.astrid-online.it); L. GIANNITI, C. GORETTI, *Prime note sulla costituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, n. 1-2/2013, 81 ss.; E. GRIGLIO, *Il "nuovo" controllo parlamentare sulla finanza pubblica: una sfida per i "nuovi" regolamenti parlamentari*, in questa *Rivista*, n. 1/2013, 1 ss.; R. LOIERO, *La nuova governance europea di finanza pubblica e il ruolo dell'Ufficio parlamentare di bilancio* (31 luglio 2013), in *Federalismi.it*, 1 ss.; A. RAZZA, *L'ufficio parlamentare di bilancio nella nuova governance della finanza pubblica*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, n. 4/2013, 893 ss.; M.P. CHITI, *L'Ufficio parlamentare di bilancio e la nuova governance della finanza pubblica*, in *Astrid Rassegna*, n. 1/2014 (reperibile al sito www.astrid-online.it); P. MAGARÒ, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Aspetti della governance economica nell'UE e in alcuni Stati dell'Unione*, a cura di A. GIOVANNELLI, Torino, Giappichelli, 2014, 92 ss.

¹⁰ Significativi, al riguardo, i tre studi monografici pubblicati tra il 2017 e il 2021: cfr. V. TONTI, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed europeo della governance economica*, cit., *passim*; A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio. Il nuovo organo ausiliario alla prova del primo mandato e della forma di governo*, Napoli, Jovene, 2020; N. PETTINARI, *L'organismo indipendente di bilancio in Italia. Origini, caratteristiche, prospettive*, Torino, Giappichelli, 2021; nonché i contributi di V. MANZETTI, *L'originale modello italiano: l'organismo indipendente di bilancio "presso" il Parlamento* (30 dicembre 2016), in *Federalismi.it*, n. 26/2016, 1 ss.; A. SIKERA, V. MANZETTI, *Gli Organismi indipendenti di bilancio* (25 gennaio 2017), in *Federalismi.it*, n. 26/2016, 1 ss.; Y. GUERRA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto costituzionale del governo dei numeri*, in *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, a cura di C. CARUSO, M. MORVILLO, Bologna, il Mulino, 2020, 285 ss.

forma di governo italiana, valorizzando la sua strumentalità nei confronti di Parlamento e Governo e le possibili interazioni con il ruolo del Presidente della Repubblica e con quello della Corte costituzionale; nel quarto capitolo viene infine sviluppata una comparazione tra il *Fiscal Council* italiano, da un lato, e il *Congressional Budget Office* statunitense e l'*Haut Conseil des finances publiques* francese, dall'altro lato.

Nel complesso, la monografia si sofferma sulle trasformazioni progressivamente intervenute sulla decisione di bilancio e sul difficile processo di attuazione della legge costituzionale n. 1 del 2012 nel quadro più ampio della *governance* economica europea, sino all'introduzione dell'UPB¹¹.

2. *L'Ufficio parlamentare di bilancio tra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*

La questione dell'analisi organizzativa e funzionale dell'UPB è poi resa più complessa dalla duplice "apertura" espressa dalla Costituzione italiana in favore della dimensione regionale-locale, da un lato, e di quella sovranazionale, dall'altro lato.

Dal primo punto di vista, deve essere richiamato il valore costituzionale dell'autonomia territoriale e il suo nesso con il principio democratico che ha indotto il Costituente a introdurre le Regioni e a favorire, soprattutto con la riforma del Titolo V del 2001, sistemi di autogoverno nell'ambito delle istituzioni territoriali al fine di accrescere il peso del cittadino nei processi decisionali pubblici, concorrendo, in tal modo, al perseguimento degli ideali di matrice kelseniana quanto al rapporto tra democrazia e partecipazione dei membri dell'ordinamento alla sua creazione¹². In questo senso, gli Stati federali e gli Stati regionali hanno valorizzato l'autonomia finanziaria degli enti decentrali e, quindi, la centralità non più del solo *bilancio dello Stato*, ma dei *bilanci pubblici*, quale strumento di indirizzo politico degli enti sub-statali e di realizzazione delle politiche pubbliche.

Dal secondo punto di vista, non possono non essere considerati i processi di integrazione sovranazionale – e, in particolare, quello rappresentato dall'Unione europea – che hanno concorso in maniera decisiva a modificare contenuti e procedure della decisione di bilancio sino alla costituzionalizzazione dei precetti dell'equilibrio e della sostenibilità delle finanze pubbliche, segnata da clausole di autolimitazione della sovranità nel governo dei conti pubblici in favore del diritto dell'Unione europea (artt. 97, primo comma, e 119, primo comma, Cost.), pur con tutti gli elementi di duttilità ad esse connessi che consentono – come ben dimostrano le vicende più recenti – deroghe all'equilibrio in relazione all'andamento del ciclo economico e alle crisi, economiche e sanitarie.

¹¹ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 5 ss.

¹² Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. Milano, Ed. Comunità, 1952, 288 ss.

In questo contesto di riferimento, occorre tenere ben presenti due premesse, specie ai fini dell'analisi del ruolo assunto dall'UPB nel sistema. La prima è che, tra le decisioni del Parlamento, il bilancio da un lato è quella più politica, perché determina le scelte impositive, allocative e redistributive su cui si è storicamente sviluppato il conflitto tra Governo e Parlamento, al punto tale che non pochi, in passato, dubitavano che la legge di bilancio potesse essere sottoposta a controllo di costituzionalità, trattandosi, appunto, di decisione a contenuto massimamente politico¹³; orientamento, quest'ultimo, largamente superato dagli ultimi dieci anni di giurisprudenza costituzionale in cui la Corte ha sviluppato un incisivo sindacato su ogni forma di illegittimo ampliamento della capacità di spesa delle leggi in contrasto con il precetto della copertura finanziaria e dell'equilibrio¹⁴. Dall'altro lato, il bilancio, pur rimanendo la più politica delle decisioni, ha assunto nel corso del tempo una complessità sempre maggiore con l'effetto di accrescere il ruolo delle strutture tecniche di ausilio alle decisioni governative e parlamentari (la Ragioneria Generale dello Stato, i Servizi parlamentari del bilancio e, appunto, l'UPB) nel tentativo di assicurare l'adeguamento dei processi decisionali al vincolo finanziario. Al riguardo, deve essere però ricordato che i profili e gli apparati tecnici della decisione non sono mai neutrali sul piano delle scelte politiche¹⁵, come ben dimostrano le trasformazioni delle procedure di bilancio quanto al rapporto tra ciò che è effettivamente rimasto "catturato" e governato dal diritto costituzionale e ciò che, invece, tende a essere attratto a sedi non sempre dotate di piena legittimazione democratica¹⁶.

Una seconda premessa di cui tenere conto è che, ora come in passato, il bilancio costituisce anzitutto l'atto legislativo idoneo a consentire all'amministrazione la legittima realizzazione delle spese che non potrebbero essere effettuate senza l'iscrizione appunto nel bilancio del relativo importo (la c.d. funzione autorizzativa)¹⁷, sicché per tentare di inquadrare la decisione di bilancio occorre

¹³ Che gli equilibri di bilancio fossero considerati obiettivi politici piuttosto che obbligazioni giuridiche in senso proprio è ricordato, ad esempio, da G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Il Filangieri – Quaderno 2011, Costituzione e pareggio di bilancio*, cit., 179.

¹⁴ Sul punto, cfr. G. RIVOSECCHI, *Autonomia finanziaria ed equilibrio di bilancio degli enti territoriali*, in *Costituzione e bilancio*, cit., 259 s.

¹⁵ Al riguardo, è d'obbligo il richiamo alla lezione di C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolticizzazioni* (1929), ora in *ID., Le categorie del politico*, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, Bologna, il Mulino, 1972, 182 s.

¹⁶ Sulla "cattura" della dimensione economico-finanziaria da parte del diritto costituzionale, quale elemento caratterizzante delle Costituzioni democratico-pluralistiche del secondo dopoguerra, cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 161 ss.

¹⁷ Sottolineano, in maniera già allora evidente, questa funzione del bilancio L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Il Parlamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI, A. LEVI, II, Firenze, Barbera, 1950, 47, secondo il quale il bilancio si risolverebbe in atto di rimozione dei limiti all'esercizio della potestà impositiva e di spesa del Governo e R. ONOFRI, *Programmazione e bilancio*, Milano, Giuffrè, 1970, 3 ss.; nonché V. SICA, *Bilancio dello Stato e programmazione economica*

necessariamente avvalersi anche degli istituti della contabilità pubblica al fine di prendere in esame i processi di determinazione delle grandezze macroeconomiche rilevanti per la finanza pubblica (il sistema dei saldi; i limiti al disavanzo e al debito) e le relative tecniche nelle decisioni finanziarie.

L'istituzione dell'UPB trova fondamento negli assunti qui richiamati e risponde agli obblighi posti dal diritto dell'Unione europea. Essa, al contempo, non può prescindere da specifiche esigenze di legittimazione dell'organo nel sistema, tenendo conto di quanto la decisione di bilancio incida sul pluralismo istituzionale paritario delineato dal Titolo V Cost. e sulle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni in un sistema connotato da una finanza territoriale di carattere pressoché integralmente derivato¹⁸.

In questo contesto, anche a causa dell'inadeguatezza manifestata dal Parlamento nello sviluppare un incisivo controllo sulla finanza pubblica, sugli organi di garanzia finisce oggi per scaricarsi l'onere di verificare che lo Stato e le autonomie territoriali, preposti alla cura dei diritti in base alle rispettive competenze, siano dotati di adeguate risorse.

In primo luogo, si tratta di controllare che i diritti, almeno nel loro nucleo essenziale, siano adeguatamente finanziati, perché «è la garanzia dei diritti incompressibili [vale a dire il loro nucleo incompressibile] ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»¹⁹.

In secondo luogo, nelle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie territoriali deve essere garantito un adeguato finanziamento delle funzioni distribuite tra i diversi livelli territoriali di governo per l'erogazione delle prestazioni. Non va infatti dimenticato che dei tre grandi diritti sociali che assorbono larghissima parte delle risorse (salute, istruzione e previdenza), il primo e in buona parte il secondo sono affidati alla cura delle Regioni²⁰: conseguentemente devono essere assicurate adeguate risorse finanziarie per soddisfare questi diritti.

In un sistema in cui – come si diceva – la finanza territoriale è ancora in

(*profili giuridici*), Napoli, Libreria Liguori, 1964, 34 ss., che vi individua la legge di approvazione dei contenuti del bilancio previamente definito dall'Esecutivo. Sulla c.d. funzione autorizzativa del bilancio, si vedano le pregnanti considerazioni di A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano, Giuffrè, 1985, 207 ss. e 523 ss. Al riguardo, cfr. anche P. DE IOANNA, C. GORETTI, *La decisione di bilancio in Italia. Una riflessione su istituzioni e procedure*, Bologna, il Mulino, 2008, 147 che definiscono la funzione autorizzativa del bilancio quale «proiezione finanziaria del principio di legalità».

¹⁸ Per l'approfondimento di questa prospettiva, cfr. G. RIVOSECCHI, *Che ha di federale il «federalismo fiscale»? Brevi riflessioni a dieci anni dalla riforma*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS, Torino, Giappichelli, 2019, 339 ss.

¹⁹ Sent. n. 275 del 2016, punto n. 11 del «Considerato in diritto», con un'affermazione molto netta e impegnativa, dopo anni di giurisprudenza costituzionale sui diritti finanziariamente condizionati.

²⁰ Sul punto, cfr., ad esempio, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 14 s.

larga parte di carattere derivato e in cui lo Stato esercita una stingente funzione di coordinamento finanziario, gli enti sub-statali possono assicurare le prestazioni ad essi affidate soltanto se viene garantita la congruità e la stabilità delle risorse necessarie e l'effettiva autonomia nel disporne, come confermato dalle drammatiche vicende della pandemia.

È per questo che la capacità di erogare i livelli essenziali diviene il parametro su cui misurare quanto alle leggi statali la ragionevolezza dei “tagli lineari” dei finanziamenti agli enti sub-statali²¹ e, quanto alle leggi regionali, la proporzionalità delle scelte allocative delle Regioni a tutela dei diritti a prestazione, individuando i livelli stessi il limite oltre il quale non può essere compresa la spesa costituzionalmente necessaria al soddisfacimento dei diritti²². Ciò significa che, una volta determinati, i livelli essenziali indicano la necessaria soglia di tutela da garantire in tutto il territorio nazionale e il finanziamento delle prestazioni in essa incluse deve ritenersi costituzionalmente vincolato, a meno di pregiudicare l'eguaglianza dei diritti che invece si è scelto di garantire²³.

In questa prospettiva, la Corte costituzionale, collocando la questione della decisione di bilancio tra forma di governo e forma di Stato, ha affermato che le proroghe dei vincoli al finanziamento regionale devono collocarsi entro le compatibilità finanziarie definite nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento²⁴, censurando la sottrazione al controllo parlamentare della definizione delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni per effetto dei maxi-emendamenti²⁵. Ciò, presumibilmente, per affermare che le ricadute sui servizi erogati dalle Regioni, che i “tagli” alle risorse possono produrre, devono essere valutate in sede politica, affinché vi sia una piena consapevolezza e assunzione di responsabilità. Ne consegue che, quando viene in questione il finanziamento dei diritti nelle relazioni tra i diversi livelli territoriali di governo, i Giudici costituzionali sembrano assumere un orientamento maggiormente severo nei confronti dell'abuso del maxi-emendamento di quanto non abbiano sinora fatto sul piano dei rapporti tra Governo e Parlamento.

Non molto di più, tuttavia, deve essere chiesto alla Corte costituzionale nel controllo sui bilanci e, quindi, sull'impiego delle risorse per finanziare i diritti tra Stato e autonomie territoriali.

²¹ Cfr., in particolare, sentt. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del “Considerato in diritto”; nonché n. 154 del 2017 e n. 103 del 2018.

²² Cfr., in particolare, sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018.

²³ Per lo sviluppo di questa prospettiva, cfr. G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Atti del XXXIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 357 ss. e 406.

²⁴ Cfr. sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del “Considerato in diritto”.

²⁵ V., ancora, sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del “Considerato in diritto”.

La soluzione andrebbe infatti ricercata nella valorizzazione degli istituti e delle sedi di leale collaborazione tra Stato e Regioni in cui sia garantito un confronto leale sulle funzioni che le Regioni devono svolgere e, in seguito, sulle risorse da trasferire. All'opposto, le più recenti vicende del regionalismo italiano mostrano uno scarto evidente tra la valorizzazione degli istituti di leale cooperazione nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, e la pratica effettiva di governo della finanza pubblica con la quale lo Stato finisce, invece, per imporre agli enti territoriali gli incisivi obiettivi del coordinamento finanziario, con effetti limitativi sulla loro autonomia politica²⁶.

In questo contesto, occorre interrogarsi sulla natura e sulle funzioni affidate dell'UPB al fine di favorire l'armonico inserimento dell'organo nel quadro delineato dal diritto euro-unitario, anche in relazione al pluralismo istituzionale paritario postulato dal Titolo V Cost.

3. *L'Ufficio parlamentare di bilancio, preteso potere dello Stato*

Alla stregua di quanto detto, si riscontrano alcuni profili problematici che richiedono un supplemento di riflessione critica rispetto agli studi sull'UPB anche sopra richiamati.

Un primo aspetto dirimente attiene alla sua natura, collocata ad esempio nello studio di Andrea Vernata al crocevia tra quella di organo ausiliario e quella di autorità amministrativa indipendente²⁷, quantomeno relativamente al “modello” a cui si ispira la disciplina organizzativa²⁸, quale riflesso del preteso carattere «eurounitariamente necessario» del *Fiscal Council* stesso²⁹.

Anche a voler ammettere – conclusione assai problematica – che la costituzionalizzazione del principio del pareggio fosse necessaria in quanto impo-

²⁶ Per un approfondimento, cfr. G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 404 ss.

²⁷ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 73 ss.

²⁸ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 84 ss., spec. 91, il quale parla di «configurazione *sui generis* dell'UPB, non riconducibile a pieno né alla categoria delle autorità amministrative indipendenti, né a quella di mero organo interno del Parlamento» e opportunamente rileva che l'assimilazione alle autorità amministrative indipendenti non è stata portata a compimento per evitare il rischio di una riduzione dei poteri discrezionali del Parlamento. Sul punto, cfr. M.P. CHITI, *L'Ufficio parlamentare di bilancio e la nuova governance della finanza pubblica*, cit., 6 s., che non a caso paventava il rischio che l'assimilazione dell'UPB alle autorità amministrative indipendenti avrebbe potuto concorrere a una delegittimazione del Parlamento. Sulla necessità di tenere ben distinti i ruoli rispettivamente affidati a Governo e Parlamento, da un lato, e all'UPB, dall'altro lato, per preservare il principio della responsabilità politica, cfr. D. CABRAS, *Un Fiscal Council in Parlamento* (17 ottobre 2012), in *Federalismi.it*, n. 20/2012, 26 s.

²⁹ Così, A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 66 ss., che discorre anche di «natura para-costituzionale dell'obbligo di istituire un *fiscal councils*» (ivi, 69).

sta dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea³⁰, è ancora più dubbio che l'introduzione del *Fiscal Council* costituisse diretto e immediato riflesso di tale impostazione. A tacer d'altro, come osserva lo stesso Vernata³¹, dell'introduzione di organismi di questo tipo si discute sin dagli anni Settanta, specie nelle varie occasioni in cui, a seguito delle manovre finanziarie, si sono determinati scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica, sull'assunto che fosse (e sia) necessario colmare le asimmetrie informative tra Governo e Parlamento specie dal punto di vista della validazione dei dati relativi all'andamento dei conti pubblici monopolizzati dalla Ragioneria Generale dello Stato³². È questa, più in generale, una condizione che pare da tempo imprescindibile nell'intento di conseguire il rafforzamento della funzione di controllo parlamentare³³.

Certo, come si detto, la legge costituzionale n. 1 del 2012 e l'introduzione del principio dell'equilibrio enfatizzano tali aspetti critici, postulando l'introduzione di organismi appositamente deputati alla verifica dell'andamento e delle proiezioni delle finanze pubbliche. La soluzione, però, non era costituzionalmente imposta nel senso dell'introduzione dell'UPB poiché i principi previsti dal quadro euro-unitario avrebbero potuto essere parimenti soddisfatti mediante il potenziamento dei Servizi parlamentari del Bilancio, sia pure a condizione di rafforzarne i caratteri di autonomia e indipendenza³⁴, o affidando le richiamate

³⁰ Sul punto, in maniera dubitativa, cfr. G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, 1 ss.; ID., *Legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo articolo 81 della Costituzione*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1-2, 2013, 457 ss.

³¹ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 64.

³² Cfr. M.T. SALVEMINI, *Poteri di bilancio e sistema istituzionale italiano. L'organizzazione indipendente per l'analisi e la verifica degli andamenti dei conti pubblici*, in AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio. Prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del 58° Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2012, Milano, Giuffrè, 2013, 371 ss.

³³ In questa prospettiva, ad esempio, G. AMATO, *L'ispezione politica del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1968, 24, il quale rileva che tale asimmetria informativa si traduce in sostanziale «divario di potere» tra Governo e Parlamento; T. MARTINES, *Centralità del Parlamento e regolamenti parlamentari in riferimento alle formazioni sociali e al sistema delle autonomie*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Atti, regolamenti e prassi della Camera nella VII legislatura*, Milano, 1979, 540, che sottolinea come una serie di informazioni sfuggano alla percezione delle Camere e comunque il Parlamento non sia in grado di utilizzarle a fini di controllo; A. PACE, *Art. 82*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *La formazione delle leggi, tomo II, art. 76-82*, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1979, 312; ID., *Il potere di inchiesta tra maggioranza e minoranza*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, cit., 273; nonché G. RIVOSECCHI, *I poteri ispettivi e il controllo parlamentare: dal question time alle Commissioni di inchiesta*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. GIANFRANCESCO, N. LUPO, Roma, Luiss University Press, 2007, 190 s.

³⁴ In questa prospettiva, cfr. P. DE IOANNA, *Parlamento e spesa pubblica. Profili costituzionali del bilancio pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1993, 43 ss.; A. PALANZA, *L'informazione tecnica nelle procedure parlamentari: la esperienza dei servizi del bilancio della Camera e del Senato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 753 ss., spec. 757 ss.

funzioni ad organi di rilievo costituzionale già da tempo istituiti, come la Corte dei conti, trattandosi di organi di natura magistratuale e quindi capaci di soddisfare i requisiti dell'imparzialità e dell'indipendenza.

La scelta – *una* (ma *non l'unica*) tra quelle costituzionalmente consentite – di istituire l'UPB con fonte di rango costituzionale, per quanto possa essere intesa come «tentativo di assicurare gli interlocutori internazionali (mercati finanziari *in primis*) in ordine al rispetto dei vincoli di bilancio europei»³⁵, implica la *sola* conseguenza che l'organismo non potrebbe essere soppresso se non mediante fonte di pari grado. Anche l'Autore lo riconosce³⁶, salvo poi fare discendere da tale inquadramento nella sistematica delle fonti la natura di potere dello Stato e la conseguente legittimazione dell'UPB a sollevare conflitti davanti alla Corte costituzionale, sostenuta in più passaggi dello studio³⁷ e addirittura ipotizzata nei confronti della Corte stessa a difesa delle attribuzioni dell'organismo indipendente in punto di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio³⁸.

La tesi, già sviluppata dall'Autore in un articolo della Rivista del Gruppo di Pisa³⁹, può ritenersi, invero, assai controversa.

Non vi è dubbio che l'organo in parola abbia un fondamento costituzionale, rinvenibile nell'art. 5, comma 1, lett. f), della legge costituzionale n. 1 del 2012 che prevede «l'istituzione presso le Camere, nel rispetto della relativa autonomia costituzionale, di un organismo indipendente al quale attribuire compiti di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio». È altrettanto evidente che il Capo VII della legge n. 243 del 2012 (artt. 16-19), istitutivo dell'UPB, abbia dotato l'organo di piena autonomia organizzativa e finanziaria per garantire la massima indipendenza di giudizio nella verifica dell'andamento dei conti pubblici.

Non è tuttavia ben chiarito rispetto a quali *specifiche* attribuzioni l'UPB potrebbe sollevare conflitto tra poteri⁴⁰. Potrebbe forse discutersi, in astratto, della legittimazione dell'UPB nell'ipotesi in cui all'organo venisse precluso di pronunciarsi in sede di validazione delle stime previsionali di bilancio o in caso di mancata trasmissione dei dati da parte del Governo⁴¹.

Tuttavia, una volta che l'organo abbia esercitato le sue competenze, in una logica collaborativa, come quella ripetutamente valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale, non si vede quale potrebbe essere l'attribuzione menomata. Ai

³⁵ A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 71 s.

³⁶ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 68.

³⁷ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 73 ss., spec. 75 s. e 218.

³⁸ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 117.

³⁹ Cfr. A. VERNATA, *Il ruolo dell'Ufficio parlamentare di bilancio nella forma di governo italiana*, cit., 28 s.

⁴⁰ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 75 ss.

⁴¹ In questo senso, A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 77, nota 87.

fini della legittimazione a sollevare il conflitto, non è infatti sufficiente il solo requisito dell'indipendenza, dovendosi invece verificare "in concreto" l'asserita lesione dell'attribuzione, tale da poter giustificare l'ulteriore «sfrangiamento» o «frammentazione» della nozione di potere⁴².

In questa prospettiva, lungi dal soddisfare i requisiti richiesti dall'art. 37 della legge n. 87 del 1953 ai fini della legittimazione al conflitto tra poteri e dal configurare l'UPB un potere-organo⁴³, la normativa sopra richiamata disciplina le competenze di un organismo che, per quanto menzionato da fonte costituzionale e operante in attuazione di precetti normativi euro-unitari, sul piano "interno" finisce per svolgere funzioni di vigilanza e di natura prevalentemente consultiva, sia pure nell'ambito delle procedure di sorveglianza coordinate dall'*European Fiscal Board*, tuttalpiù capaci di riattivare il dialogo politico tra le autorità di bilancio nazionali (Parlamento e Governo) e quelle europee (Commissione europea).

La prova più evidente di quanto detto è nell'assoluta mancanza di poteri interdittivi *propri* dell'organo nelle procedure di bilancio e nelle decisioni di finanza pubblica o anche soltanto di *funzioni attivabili autonomamente* per garantire il contraddittorio con il Governo quale riflesso dell'esercizio di *attribuzioni costituzionali* meritevoli di tutela davanti alla Corte, come già dimostra un rapido esame delle competenze affidate all'UPB dall'art. 18 della legge n. 243 del 2012.

Le analisi e le valutazioni spettanti all'UPB vanno infatti dalla validazione delle previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica, alla valutazione di impatto dei provvedimenti legislativi di maggior rilievo, con particolare riguardo alla loro sostenibilità finanziaria, alla verifica degli eventuali meccanismi correttivi adottati in caso di scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica e degli eventi eccezionali idonei a giustificare le deroghe al principio dell'equilibrio. Si tratta di competenze assai vaste e articolate, in larga parte di derivazione europea⁴⁴, capaci di contribuire a colmare le asimmetrie informative tra Governo e Parlamento e di fornire al decisore politico strumenti di valutazione particolarmente incisivi in quanto rimessi a un organismo dotato di autonomia e indipendenza di giudizio e quindi prezioso nell'incrementare la trasparenza e la consapevolezza degli effetti di breve e di lungo periodo delle decisioni di finanza pubblica. Nondimeno, l'attività dell'UPB non sembra mai tradursi in automatismi capaci di imporre a

⁴² In questa prospettiva, cfr., per tutti, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI Ed., Torino, Giappichelli, 2019, 312 s.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII Ed., Torino, Giappichelli, 2021, 250 ss.

⁴³ Così, invece, A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 75 ss., spec. 78.

⁴⁴ Nel senso che trovano fondamento presupposto alla legge n. 243 del 2012 in specifici atti normativi dell'Unione europea: la validazione delle previsioni macroeconomiche, ad esempio, è rimessa ai *Fiscal Council* dall'art. 4, comma 4, del Regolamento UE 473/2013; gli interventi sui programmi di bilancio nazionale sono previsti dagli artt. 4 e 5 del Regolamento UE 473/2013; le valutazioni circa gli scostamenti dagli obiettivi derivanti da eventi eccezionali sono previste dall'art. 5, comma 2, lett. c), del Regolamento UE 473/2013.

Governo e Parlamento misure correttive delle stime o anche soltanto ulteriori oneri di motivazione rispetto alle decisioni finanziarie adottate.

Anche il noto istituto del *comply or explain* – che impone al Governo di adeguarsi alle valutazioni del *Fiscal Council* o di spiegare le ragioni per cui intende discostarsene e che dovrebbe costituire lo strumento capace di sorreggere il processo decisionale favorendone la trasparenza e la controllabilità a garanzia della funzione di validazione delle stime previsionali – nel caso italiano può essere attivato soltanto su richiesta di una minoranza delle Commissioni parlamentari competenti, secondo quanto previsto dall'art. 18, comma 3, della legge n. 243 del 2012⁴⁵. Ciò significa che, contrariamente a quanto accade, ad esempio, per il *CBO* statunitense o per altri *Fiscal Council*⁴⁶, l'UPB non dispone di alcuna *quota di potere* normativamente prevista capace di interferire con le decisioni degli organi politici.

Beninteso: a parere di chi scrive sotto questo profilo sembra condivisibile la scelta del legislatore italiano, rivolta, cioè, a istituire un organismo indipendente limitato allo svolgimento di funzioni di ausilio al decisore politico nel senso sopra cennato. Se, infatti, l'UPB travalicasse questi limiti rischierebbe di interferire con quella che rimane la decisione massimamente politica in ordine alle scelte impositive, allocative e redistributive nel finanziamento dei diritti costituzionali⁴⁷. Il compito dell'UPB è invece quello di fornire basi conoscitive e informative “certe” ai fini dello sviluppo di processi decisionali maggiormente trasparenti e consapevoli e in tal modo capaci di garantire maggiore attendibilità degli effetti delle decisioni di finanza pubblica senza che essi siano «ostaggio della dinamica tra maggioranza e opposizione»⁴⁸.

Eloquente, al riguardo, la testimonianza di una profonda conoscitrice dei *Fiscal Council* europei. Chiara Goretti, criticando la tesi che pretende di affidare agli organismi indipendenti il ruolo di *watchdog* a tutela dei diritti dei cittadini contro le asseritamente errate decisioni degli organi politici⁴⁹, afferma: «L'esperienza

⁴⁵ A tenore del quale: «Qualora [...] l'Ufficio esprima valutazioni significativamente divergenti rispetto a quelle del Governo, su richiesta di almeno un terzo dei componenti di una Commissione parlamentare competente in materia di finanza pubblica, quest'ultimo illustra i motivi per i quali ritiene di confermare le proprie valutazioni ovvero ritiene di conformarle a quelle dell'Ufficio» (cors. ns.).

⁴⁶ Come ben dimostra la stessa analisi comparatistica di A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 161 ss.

⁴⁷ Sui rischi di una mancata delimitazione delle funzioni dei *Fiscal Council* rispetto ai decisori politici, cfr., dal punto di vista della teoria economica istituzionale, C. GORETTI, *Una valutazione dell'attività dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio nell'ambito della revisione costituzionale sul pareggio di bilancio*, in *Costituzione e bilancio*, cit., 189 ss. e 197 (la quale sottolinea che prevedere un «potere di blocco dell'iter del disegno di legge di bilancio» finirebbe «per trasformare l'UPB in una sorta di magistratura con poteri *ex-ante* sull'esame parlamentare di bilancio» e, dal punto di vista giuspubblicistico, M.P. CHITI, *L'Ufficio parlamentare di bilancio e la nuova governance della finanza pubblica*, cit., 6 s.

⁴⁸ Così, N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri – Quaderno 2011 – Costituzione e pareggio di bilancio*, cit., 122.

⁴⁹ Come sostenuto nella proposta di revisione del quadro delle regole di bilancio europee, presentata da quattordici economisti tedeschi e francesi e rivolta a fissare “tetti” prestabiliti alla

dimostra che difficilmente la costituzione di un FC influisce di per sé, con le analisi svolte, sull'orientamento della decisione di bilancio [...] L'efficacia di queste istituzioni richiede la condivisione, politica ma in ultima istanza dell'opinione pubblica, delle funzioni che sono chiamate a svolgere»⁵⁰. Lo scopo dei *Fiscal Council*, quindi, è tentare di «indurre i Governi a comportamenti responsabili in materia di politiche di bilancio»⁵¹.

In altri termini, utilizzando le categorie del Diritto costituzionale: il rendimento delle prestazioni dei *Fiscal Council* è questione che attiene alla legittimazione di tali organi, in quanto funzionali ad assicurare la trasparenza e la controllabilità delle decisioni di bilancio degli organi politici *anzitutto* di fronte al corpo elettorale, piuttosto che alla difesa di presunte attribuzioni costituzionalmente garantite attraverso la giustizia costituzionale.

Peraltro lo stesso Vernata non nega che proprio l'analisi comparatistica e sovranazionale dimostri come la funzione ausiliaria dei *Fiscal Council* europei sia rivolta anzitutto nei confronti dei Parlamenti nazionali⁵², prefigurando una stretta collaborazione con le Assemblee rappresentative⁵³.

In questo contesto, pur nella sua ambigua natura e nella conseguente difficoltà a ricondurre l'UPB al potere legislativo, non sussiste un interesse sostanziale alla difesa di attribuzioni costituzionalmente definite idonea a legittimare un frammento di “potere” nell'ambito dell'organizzazione complessa del potere legislativo⁵⁴, o, ancora meno, a scorgere nell'organismo un “nuovo” organo-potere, posta l'assoluta mancanza sotto il profilo soggettivo dei requisiti individuati dalla Corte per fondare la legittimazione nei giudizi per conflitto del Presidente della Repubblica⁵⁵, del Ministro della Giustizia⁵⁶, del Consiglio superiore della

crescita della spesa pubblica e a ridurre il rapporto debito/PIL, secondo grandezze predeterminate all'inizio di ogni legislatura: cfr. Bénassy-Quéré et al., *Reconciling risk sharing with market discipline: A constructive approach to euro area reform*, CEPR Policy Insight no. 91, Centre for Economic Policy Research, London, 2018, in www.cepr.org.

⁵⁰ C. GORETTI, *Una valutazione dell'attività dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio nell'ambito della revisione costituzionale sul pareggio di bilancio*, cit., 190.

⁵¹ L. LANDI, *Fiscal Council: una comparazione internazionale e il caso italiano*, in www.archivioecardi.luiss.it, 6.

⁵² Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 75 e 141 ss.

⁵³ Al riguardo, cfr. C. FASONE, E. GRIGLIO, *Can Fiscal Council enhance the role of National Parliaments in the European Union? A comparative analysis*, in B. DE WITTE, A. HÉRITIER, A.H. TRECHSEI, *The Euro Crisis and the state of European Democracy*, EUI, 2013, 301 ss.

⁵⁴ Cfr., ad esempio, quanto all'articolazione del potere legislativo, la legittimazione delle Commissioni parlamentari di inchiesta (sentt. n. 231 del 1975 e n. 26 del 2008) e della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi (sentt. n. 49 del 1998; n. 502 del 2000; n. 69 e n. 174 del 2009).

⁵⁵ Cfr. sentt. n. 129 del 1981; n. 154 del 2004; n. 290 del 2007; n. 200 del 2006; n. 1 del 2013; n. 169 del 2018.

⁵⁶ Cfr. sentt. n. 379 del 1992; n. 419 del 1995; n. 7 del 1996; n. 380 e n. 383 del 2003; n. 284 del 2005.

magistratura⁵⁷ e della sua Sezione disciplinare⁵⁸, dell'ordine giudiziario⁵⁹, della Corte costituzionale stessa⁶⁰, nonché, in ordine agli unici soggetti legittimati estranei allo Stato-persona, del Comitato promotore del *referendum* abrogativo⁶¹ e, agli stessi fini, di cinque Consigli regionali⁶². Altrimenti opinando, si rischierebbe di determinare un'eccessiva "frammentazione" e "moltiplicazione" dei poteri non giustificata dalla concretezza dell'ipotizzata lesione, pregiudicando così la distinzione tra soggetto sostanziale (il potere) e quello processuale (l'organo) posta dall'art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953⁶³.

In via di prassi, pur non essendo ovviamente l'argomento decisivo ai fini della legittimazione processuale dell'organo, deve poi essere sottolineato che sia il dibattito parlamentare relativo all'istituzione dell'UPB, sia il processo di attuazione della legge n. 243 del 2012 sono stati monopolizzati dalle scelte sulla composizione dell'organo e sulle modalità di nomina dei consiglieri, peraltro rimessa ad un apposito Protocollo sperimentale per l'istituzione dell'UPB elaborato dagli Uffici di Presidenza delle Commissioni bilancio di Camera e Senato, quasi che si trattasse di questione di *interna corporis* del Parlamento⁶⁴. Ciò dimostra non soltanto che l'istituzione dell'organismo è stata interpretata da Governo e Parlamento secondo una prospettiva tutt'altro che "europeista"⁶⁵, ma anche che le stesse Camere stentano a riconoscere in maniera adeguata il rilievo e l'autonomia dell'organo rispetto al potere legislativo.

Anche sotto il profilo oggettivo la tesi qui in esame sembra difficilmente sostenibile. Se l'UPB non è dotato di *poteri interdittivi* attivabili *autonomamente* e capaci di provocare almeno il contraddittorio con il Governo e l'automatico

⁵⁷ Cfr. sentt. n. 379 del 1992; n. 380 del 2003; n. 284 del 2005.

⁵⁸ Cfr. sent. n. 270 del 2002.

⁵⁹ Cfr. sentt. n. 84 del 1978; n. 404 del 2005; n. 73 del 2006; n. 57 del 2000; n. 88 del 2012; n. 183 del 2017.

⁶⁰ Cfr. ordd. n. 77 del 1981 e n. 261 del 2016.

⁶¹ Cfr. sentt. n. 69 del 1978; n. 30 e n. 31 del 1980; n. 49 del 1998; n. 174 del 2009; n. 169 del 2011; nonché ord. n. 195 del 2020.

⁶² Cfr. ord. n. 82 del 2016.

⁶³ Al riguardo, per tutti, cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 272. In questa prospettiva, sull'esigenza di precisare le nozioni di "potere" e di "conflitto" in relazione agli organi parlamentari, v. anche G. RIVISECCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova, Cedam, 2003, 60 ss.

⁶⁴ Della cui legittimità potrebbe peraltro dubitarsi poiché l'art. 16, comma 2, della legge n. 243 del 2012 – si ricordi, fonte rinforzata – rinvia espressamente ai regolamenti parlamentari per la costituzione del Consiglio dei tre membri: al riguardo, cfr. l'interessante ricostruzione e le considerazioni di C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, cit., 217 s., secondo la quale «*sparturient montes, nascetur ridiculus mus*».

⁶⁵ Per un'eloquente ricostruzione, cfr. L. GIUNTI, *Il CBO alla "portoghese": una nota stonata nel finale della legislatura?*, cit.; M. CAUSI, *La legge "rafforzata" di bilancio, il CBO alla portoghese e i commenti all'amatriciana*, cit.; L. GIUNTI, *Ancora sul CBO alla portoghese: una replica a Marco Causi*, cit.

aggravamento procedurale nella decisione di bilancio in forza del *comply or explain*, non si vede quale possa essere l'attribuzione costituzionale menomata da eventuali decisioni degli organi politici che non tenessero conto dei rilievi del *Fiscal Council* o della mancata validazione delle previsioni macroeconomiche in occasione della presentazione del Documento di Economia e Finanza (DEF) e della sua Nota di aggiornamento (NADEF).

A voler assumere questa prospettiva, legittimate a sollevare conflitto tra poteri davanti alla Corte costituzionale sarebbero semmai le minoranze parlamentari, in quanto titolari del potere di attivare la procedura di *comply or explain* ai sensi del sopra richiamato art. 18, comma 3, della legge n. 243 del 2012 in caso di inadempienza del Governo di fronte della «richiesta di almeno un terzo dei componenti di una Commissione parlamentare competente in materia di finanza pubblica».

In conclusione, pur essendo l'UPB menzionato da fonte di rango costituzionale, quanto ai profili soggettivi dell'asserita legittimazione nei conflitti né la legge rinforzata, né altre fonti sembrano delineare attribuzioni sufficientemente precise tali da impegnare il potere legislativo o da fondare un organo-potere; quanto ai profili oggettivi le norme richiamate non delineano alcuna attribuzione interdittiva o impeditiva meritevole di essere tutelata davanti alla Corte costituzionale, risolvendosi, invece, nell'esercizio di «funzioni di analisi e consulenza»⁶⁶ di natura prevalentemente endoprocedimentale, come peraltro sembra sottolineare a più riprese lo stesso Autore⁶⁷.

La questione, semmai, si porrebbe sul piano del diritto euro-unitario, ben potendo gli organi costituzionali di garanzia richiamarsi *anche* alla funzione di validazione dell'UPB per favorire la ripresa del dialogo politico tra le autorità di bilancio nazionali e la Commissione europea o per consentire la limitazione dei tempi dell'esame parlamentare proprio al fine di consentire il riallineamento tra la decisione di bilancio nazionale e gli obiettivi di finanza pubblica fissati in sede europea.

È esattamente ciò che è accaduto nella “crisi istituzionale” dell'autunno del 2018 in occasione della mancata validazione delle previsioni macroeconomiche contenute nella Nota di aggiornamento del Documento di Economia e Finanza, allorquando dapprima il Presidente della Repubblica, nella lettera del 1° novembre 2018 indirizzata al Presidente del Consiglio dei ministri in occasione della presentazione alle Camere del disegno di legge di bilancio per il 2019, ha sollecitato la riapertura del dialogo con le istituzioni europee richiamandosi *anche*

⁶⁶ Come le definisce lo stesso A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 126 ss.

⁶⁷ Cfr. A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, cit., 120 e 144, ove, anche con riguardo al procedimento di validazione, si discorre di funzioni di «indubbio valore endoprocedimentale», strumentali a favorire il dialogo politico tra Governo e Parlamento e i «processi di convergenza» nelle decisioni di finanza pubblica.

alle valutazioni dell'UPB e, successivamente, la Corte costituzionale, con l'ord. n. 17 del 2019, nel dichiarare inammissibile il conflitto sollevato dal principale gruppo parlamentare di opposizione, pur senza richiamarsi esplicitamente al ruolo dell'UPB, ha giustificato la riduzione dei tempi dell'esame parlamentare del disegno di legge di bilancio in forza della necessità di rideterminare i saldi complessivi della manovra economico-finanziaria a seguito della «lunga interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea»⁶⁸, «riaperta» anche a seguito della mancata validazione da parte dell'organismo indipendente. Ciò conferma il carattere strumentale dell'UPB rispetto all'esercizio di poteri saldamente ascritti alla sfera degli organi politici, ai quali soltanto spetta la legittimazione al conflitto.

Sotto questo profilo, la questione qui in esame avrebbe potuto essere diversamente inquadrata se le funzioni di validazione dell'organismo indipendente fossero state affidate alla Corte dei conti, organo di natura magistratuale, e quindi soggettivamente legittimato a tutelare gli equilibri finanziari anche attraverso il conflitto tra poteri avente ad oggetto atti legislativi⁶⁹; conflitto in ipotesi elevabile avverso disposizioni di legge che interferiscano con le (ulteriori) funzioni affidate alla Corte dei conti quale organo terzo ed imparziale di garanzia dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive. All'opposto, la legge costituzionale n. 1 del 2012 ha colpevolmente scelto di non menzionare neppure la Corte dei conti, a fronte di una giurisprudenza costituzionale che, invece, ne ha ripetutamente valorizzato organizzazione e funzioni, riconducendole a pieno titolo al sistema delle garanzie dell'ordine costituzionale poiché esse trovano esplicito fondamento negli artt. 100 e 103 Cost., a tutela dell'indipendenza della Corte dei conti dal Governo in relazione al plesso dei compiti ad essa affidati⁷⁰.

4. *Quali prospettive per l'Ufficio parlamentare di bilancio tra accentramento dei pubblici poteri, autonomie territoriali e legittimazione dell'organo?*

Quanto detto non significa che l'UPB non possa costituire strumento prezioso a garanzia degli equilibri di bilancio e, più in generale, nella prospettiva

⁶⁸ Ord. n. 17 del 2019, punti n. 4.4 e n. 4.5 del “Considerato in diritto”.

⁶⁹ A seguito del superamento dell'originaria “chiusura” della Corte rappresentata dalla sentenza n. 406 del 1989 sui conflitti aventi ad oggetto atti legislativi per effetto delle successive sentt. n. 161 del 1995, n. 457 del 1999 e n. 139 del 2001.

⁷⁰ Tra le tante, cfr. sentt. n. 267 del 2006; n. 179 del 2007; n. 60 del 2013; n. 39 e n. 40 del 2014. In dottrina, sul punto, cfr. U. ALLEGRETTI, *Controllo finanziario e Corte dei conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospettive*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, spec. 10 ss.; G. D'AURIA, *Sull'ingresso in Costituzione del principio del “pareggio di bilancio” (a proposito di un recente parere delle sezioni riunite della Corte dei conti)*, in *Foro it.*, 2012, parte III, 55 s.; nonché G. RIVOSECCHI, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2019, 741 ss.

di una maggiore responsabilizzazione delle decisioni finanziarie di Governo e Parlamento.

Attraverso i diversi cicli di validazione che ha espletato, l'UPB ha conseguito una sua legittimazione nel tentativo di sviluppare processi decisionali secondo dinamiche maggiormente trasparenti e consapevoli quanto agli effetti sulla finanza pubblica, assicurando, al contempo, le funzioni di sorveglianza previste dall'ordinamento euro-unitario, come dimostrano i rilievi critici mossi in occasione della validazione delle previsioni macroeconomiche – culminati nella “minaccia” di non validazione del 2016 – e, soprattutto, le richiamate vicende relative alla mancata validazione delle stime previsionali nel 2018⁷¹.

Non va poi trascurato l'incisivo ruolo assunto dall'organo nel mettere a disposizione informazioni e dati al fine di favorire il dialogo politico e la convergenza tra le autorità di bilancio nazionali, anche mediante l'utilizzo di convenzioni e protocolli sottoscritti, ad esempio, con il Ministero dell'Economia⁷², la Ragioneria Generale dello Stato⁷³, l'Istat⁷⁴ e l'INPS⁷⁵.

In questa prospettiva, occorre sottolineare il ruolo svolto dall'UPB anche nei confronti del sistema delle autonomie territoriali; ruolo capace di tradursi nella produzione di studi e spunti di approfondimento ai fini del costituzionalmente corretto inquadramento e sviluppo delle relazioni finanziarie tra centro e periferia.

Da questo punto di vista, l'attività svolta dall'UPB può rivelarsi particolarmente proficua, specie nel contesto della c.d. legislazione della crisi, maturato ormai da oltre dieci anni e ora ulteriormente acuito dall'emergenza pandemica, che ha determinato un robusto accentramento delle competenze, della finanza e del fisco⁷⁶, capace di «deresponsabilizzare il potere politico», con il rischio di

⁷¹ Su entrambe le vicende, per un approfondimento cfr. C. GORETTI, *Una valutazione dell'attività dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio nell'ambito della revisione costituzionale sul pareggio di bilancio*, cit., 195 ss.; Y. GUERRA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto costituzionale del governo dei numeri*, cit., 311 ss.

⁷² Cfr. il Protocollo di intesa sottoscritto dall'UPB e Ministero dell'Economia e delle Finanze relativo alla trasmissione delle informazioni necessarie ai fini della certificazione delle previsioni macroeconomiche e della valutazione della finanza pubblica (15 settembre 2014).

⁷³ Cfr. il Protocollo di intesa sottoscritto dall'UPB e Ragioneria Generale dello Stato per la messa a disposizione di dati e informazioni della banca dati delle amministrazioni pubbliche (1° aprile 2015).

⁷⁴ Cfr. l'Accordo quadro tra l'UPB e l'Istituto Nazionale di Statistica (Istat) per disciplinare la collaborazione in materia di sviluppo di modelli di previsione macroeconomica e di scambio di dati (4 maggio 2017).

⁷⁵ Cfr. la Convenzione tra l'UPB e l'Istituto Nazionale di Previdenza sociale (INPS) per la disciplina dei dati statistici (31 luglio 2015).

⁷⁶ In questo senso, le significative considerazioni di M. BELLETTI, *La differenziazione in Emilia-Romagna tra rispetto dell'equilibrio di bilancio e tenuta dei livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali su base nazionale*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato. Un percorso difficile*, Atti del convegno “Regionalismo differenziato: opportunità e criticità”, Milano, 8 ottobre 2019, in www.csfederalismo.it, 32, secondo il quale i tentativi di attivare il regionalismo differenziato possono essere interpretati come una forma di reazione al corposo processo di ricentralizzazione attuato con la c.d. “legislazione

abbandonare il «modello costituzionale di pluralismo istituzionale e paritario che era già alla base della riforma del 2001»⁷⁷.

In questo contesto, l'informalità dei procedimenti che connota l'attività dell'organo qui in esame⁷⁸, sorretti da intese e accordi interistituzionali anziché – come postulerebbe la legge n. 243 del 2012 – da formali revisioni dei regolamenti parlamentari⁷⁹, sembra ancor più evidenziare, almeno sul versante “interno”, da un lato il carattere non sufficientemente definito delle competenze da parte delle fonti sub-costituzionali ai fini della legittimazione nel processo costituzionale e, dall'altro lato, il carattere prevalentemente conoscitivo-consultivo delle funzioni affidate all'UPB, per quanto rivolte a garantire una maggiore attendibilità degli effetti delle decisioni di finanza pubblica sia tra Governo e Parlamento, sia tra Stato e Regioni.

D'altra parte, è ancora ben lungi dal trovare attuazione l'art. 5, comma 4, della legge costituzionale n. 1 del 2012 che rimette ai regolamenti parlamentari la disciplina della «funzione di controllo sulla finanza pubblica con particolare riferimento all'equilibrio tra entrate e spese, nonché alla qualità e all'efficienza delle pubbliche amministrazioni». Anche tale perdurante inattuazione della norma costituzionale dimostra come le Camere abbiano inteso presumibilmente confinare il ruolo dell'UPB in una prospettiva ausiliaria a quella del decisore politico e non già affidare all'organo attribuzioni costituzionali *proprie* capaci di attivare poteri interdittivi quale riflesso delle funzioni di sorveglianza della rete dei *Fiscal Council* europei.

Nondimeno, l'UPB è riuscito a ritagliarsi un suo spazio e una propria legittimazione nella forma di governo. La *ratio* istitutiva, le peculiari caratteristiche strutturali e funzionali del *Fiscal Council* consentono ad esso di intervenire tempestivamente e con modalità, specie nella fase di predisposizione del disegno di legge di bilancio, maggiormente incisive rispetto agli organi di controllo.

della crisi”, alla mancata approvazione della riforma costituzionale Boschi-Renzi, che avrebbe costituzionalizzato i citati processi di ricentralizzazione, e soprattutto alla mancata attuazione del c.d. federalismo fiscale, ovvero al mancato riconoscimento di autentica autonomia tributaria e finanziaria». Espressamente adesivo alla richiamata prospettiva di analisi anche S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi* (4 marzo 2020), in *Federalismi.it*, n. 5/2020, 95 s.

⁷⁷ Così, F. GALLO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rassegna tributaria*, n. 2/2019, 240 ss. (cui appartengono le espressioni virgolettate), secondo il quale l'istituto qui in esame potrebbe rappresentare l'unico strumento a disposizione delle Regioni per «uscire dal tunnel in cui sono entrati il principio autonomistico e quello di sussidiarietà» (ivi, 242). La stessa prospettiva è ora ripresa e sviluppata da A. GIOVANARDI, D. STEVANATO, *Autonomia, differenziazione, responsabilità. Numeri, principi e prospettive del regionalismo rafforzato*, Venezia, Marsilio, 2020, *passim*, spec. 197 ss.

⁷⁸ Di «una sorta di dialogo istituzionale tra UPB e MEF», effetto di protocolli di lavoro condivisi, parla, ad esempio, Y. GUERRA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto costituzionale del governo dei numeri*, cit., 312.

⁷⁹ Sul mancato adeguamento dei regolamenti parlamentari, cfr. E. GRIGLIO, *Il Protocollo sull'ufficio parlamentare di bilancio: una “fuga” dai regolamenti parlamentari?*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014, 116 ss.

Quanto detto assume tanto più rilievo se si tengono a mente le difficoltà sostanziali e processuali da sempre incontrate per assicurare gli equilibri finanziari e la giustiziabilità dell'art. 81 Cost.⁸⁰. La Corte dei conti può infatti sollevare questioni di legittimità costituzionale per violazione della regola dell'equilibrio soltanto in sede di giudizio di parificazione del bilancio dello Stato, intervenendo, cioè, a consuntivo dell'esercizio finanziario, quando gli effetti dell'eventuale violazione si sono già irreversibilmente consumati. Ciò perché, nonostante il suo attivismo degli anni più recenti⁸¹, non viene ancora percorsa con troppa convinzione dall'organo di controllo delle finanze pubbliche la strada che era stata aperta sin dalla "storica" sentenza della Corte costituzionale n. 226 del 1976 sul riconoscimento della natura di giudice «ai limitati fini» del promovimento della questione di legittimità costituzionale⁸². Né è ipotizzabile, nei casi in cui potrebbe venire in questione la "tenuta" dell'intera manovra finanziaria, che si possano sempre attendere i tempi dell'accesso alla giustizia costituzionale.

È infine opportuno richiamare l'attenzione su un'ultima questione che colpisce in ordine all'attuale funzionamento dell'UPB. Dal punto di vista dell'economista istituzionale (e non solo) ci si potrebbe chiedere quale sia il costo reputazionale di un organismo che opera da quasi due anni in regime di *prorogatio* per responsabilità dei Presidenti di Assemblea che non hanno provveduto ad avviare il procedimento di rinnovo della composizione dell'organo. Davvero si può pensare che il *Fiscal Council* che fa dell'autonomia e dell'assoluta indipendenza di giudizio il suo punto di forza possa costituire strumento di conformazione dei comportamenti del decisore politico quando non sono neppure rispettate le norme di legge sulla durata del suo mandato e sull'obbligo di rinnovo e del quale, quindi, non è dato sapere sino a quando dovrà operare in queste condizioni?

Tale scelta rischia di depotenziare l'autorevolezza dell'organo, di ridurne la legittimazione e di svilire le sue rilevanti funzioni a mere questioni di *interna corporis* del Parlamento, con il rischio di provocare il disallineamento rispetto a quanto previsto da fonti costituzionali e dal diritto dell'Unione europea.

L'auspicio è che l'UPB possa invece mantenere quella legittimazione che aveva faticosamente acquisito nel sistema istituzionale tra Unione europea, Stato e autonomie territoriali.

⁸⁰ Al riguardo, cfr. G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 211 ss.; G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 18 ss.

⁸¹ Per un recente approfondimento, cfr. G. RIVOSECCHI, *L'ausiliarità in trasformazione: le virtualità multiple della funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Il governo dei numeri*, cit., 317 ss., spec. 327 ss.

⁸² Cfr. R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *«Efficacità» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, 231. Per un approfondimento di questa prospettiva, cfr. G. RIVOSECCHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2017, 360 ss.

Abstract

Muovendo da recenti saggi sull'Ufficio parlamentare di bilancio, il contributo ricostruisce il fondamento e l'evoluzione del ruolo del *Fiscal Council* nella forma di Stato e nella forma di governo soffermandosi su natura e funzioni dell'organo, anche al fine di prendere in esame in maniera dubitativa la tesi rivolta a sostenere la legittimazione dell'UPB ad agire e a resistere nei conflitti tra poteri. Seppur istituito da fonte costituzionale, una volta che sia stato garantito l'esercizio delle sue competenze, sembra assai difficile ricostruire l'UPB come potere-organo o individuare attribuzioni eventualmente menomate meritevoli di tutela davanti alla Corte costituzionale poiché esso è privo di poteri interdittivi propri nelle procedure di bilancio o anche soltanto di funzioni rivolte ad attivare il contraddittorio con il Governo.

L'esame della normativa e delle prassi delineano invece un organismo che, per quanto menzionato da fonte costituzionale e operante in attuazione di precetti normativi euro-unitari, sul piano "interno" finisce per svolgere funzioni di vigilanza, sia pure nell'ambito delle procedure di sorveglianza coordinate dall'*European Fiscal Board*, tuttalpiù capaci di riattivare il dialogo politico tra le autorità di bilancio nazionali (Parlamento e Governo) e quelle europee (Commissione europea).

The Parliamentary Budget Office, today

(Review of the volume by A. Vernata, L'Ufficio parlamentare di bilancio. Il nuovo organo ausiliare alla prova del primo mandato e della forma di governo, Napoli, Jovene, 2020)

The essay elaborates on recent works on the Italian fiscal council (Ufficio parlamentare di bilancio, hereinafter UPB), drawing on the evolution of the role of the TSCG in the Italian forms of state and government. It focuses on the structure and the functions of the UPB, also in order to cast doubts on its capacity to stand in conflicts of attributions before the Italian Constitutional court. Notwithstanding its constitutional basis, it seems hard to set its role as a "potere-organo" (i.e. an organ embodying an autonomous branch of power) or to isolate attributions deserving autonomous consideration by the Constitutional Court, as it lacks of veto powers in the budget decision or even in activating a dialogue with the Government.

Legislation and practice sketch a different kind of body that, although established by constitutional norms and acting in the implementation of EU law, in the domestic ARENA seems not more than performing oversight functions in the framework of what coordinated by the European fiscal board. If anything, it seems to be able to activate a political dialogue between parliament and the government, on the one hand, and between state and EU bodies, on the other.

L'accesso tradizionale, civico e generalizzato agli atti della Consob e della Banca d'Italia

di Marco Tiberii

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ambito soggettivo dell'accesso ex l. n. 241/1990. – 3. La prevalenza del segreto d'ufficio nel settore dei mercati finanziari e bancari. – 4. Il coordinamento tra la normativa dei settori suindicati e la disciplina generale dettata dalla l. n. 241/1990. – 5. Segue. Il regime delle eccezioni. – 6. L'accesso civico. – 7. L'accesso "civico generalizzato". – 8. L'applicabilità dell'accesso civico nei confronti delle autorità indipendenti. – 9. Segue. L'applicabilità dell'accesso "civico generalizzato" nei confronti delle autorità indipendenti. – 10. L'ambito oggettivo di applicazione dell'accesso civico generalizzato. – 11. L'accesso tradizionale e civico generalizzato in materia bancaria e finanziaria. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema trattato in questo lavoro è quello dell'accesso agli atti delle autorità indipendenti, con particolare riferimento al settore dei mercati bancari e finanziari.

L'analisi verrà sviluppata in diverse direzioni, come richiesto dalla coesistenza nel nostro ordinamento di ben tre forme diverse di accesso: l'accesso ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241¹; l'accesso civico in senso stretto; l'accesso civico generalizzato².

Il settore suindicato rappresenta, invero, una sede privilegiata nella quale verificare la compatibilità di tutte le diverse discipline introdotte in materia di accesso con le istanze di contenuto opposto³.

¹ In dottrina si cfr. M. IMMORDINO, *Alcune riflessioni su diritto di accesso, riservatezza e tutela processuale del controinteressato*, in *For. amm. TAR*, 2003, 2037; G. CASSANO, M. DEL VECCHIO, *Diritto alla riservatezza e accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2001; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999; F. GUARNIERI, L. GUARNIERI, D. GUARNIERI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi nei Comuni, nelle Province, negli Enti pubblici. Privacy e diritto di accesso*, Milano, 1999; L. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, 1998; R. SCARCIGLIA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Attuazione della legge 241/90. Profili di diritto comparato*, Rimini, 1994.

² In generale si cfr. C.E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 2000, 1-27; C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale, all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Roma, 2016; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, IV agg., 2000, 1-22; A. CORRADO, *Il giudice amministrativo e l' "effettività" della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, 2019, 1-409 e ss.; M. MAZZAMUTO, *Sul diritto d'accesso nella l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 1992, 1571 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. Foia (freedom of information act) (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *www.federalismi.it*, 23/2016; A. BERTI, *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (11 maggio 2018).

³ Al riguardo, non si può non condividere quanto osservato da M. IMMORDINO, *Alcune rifles-*

Le esigenze di tutela d'interessi fondamentali come la segretezza della politica monetaria e finanziaria, nonché la consequenziale protezione dei risparmiatori⁴, sembrano infatti ostacolare le ragioni della trasparenza⁵.

2. *L'ambito soggettivo dell'accesso ex l. n. 241/1990*

In via preliminare, occorre evidenziare che appare ormai superata la questione dell'applicabilità della disciplina dell'accesso prevista dalla legge n. 241/1990 alle autorità amministrative indipendenti.

È stata da tempo modificata la prima formulazione dell'art. 23 della l. n. 241/1990, che circoscriveva l'accesso nei confronti degli enti pubblici e dei soggetti privati «concessionari di servizi pubblici».

sioni su diritto di accesso, riservatezza e tutela processuale del controinteressato, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2037, secondo cui l'accesso è: «un istituto che, fin dal momento dell'entrata in vigore della l. n. 241, con la quale ha ricevuto una più organica sistemazione oltre che una più consistente considerazione, ha costituito fonte inesauribile di problematiche di natura sia sostanziale che processuale, alcune delle quali ben lontane da una soluzione».

⁴ Come ricorda M. CLARICH, *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario*, in *Enc. dir. – Annali*, V, 2012, 152, il costituente con l'art. 47 «ha inteso proteggere il risparmio “in tutte le sue forme”. Questa formula fu pensata soltanto per il settore creditizio colpito dalla crisi economica e finanziaria degli anni 30 del secolo scorso, con i salvataggi bancari operati dallo Stato, ma è atta, in realtà, a coprire una gamma molto più ampia di relazioni finanziarie nelle quali è coinvolta la massa dei consumatori».

⁵ Sul punto si veda M.P. DE TROIA, *Segreto (d'ufficio) inerente l'attività di vigilanza e diritto di accesso; un equilibrio possibile*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 3/2000, 352, dove si osserva che: «d'altra parte, se il principio di trasparenza dell'azione della p.a., cui è strumentale il diritto di accesso, costituisce estrinsecazione dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, solo l'esigenza di tutelare interessi di rilievo anch'esso costituzionale può giustificarne il sacrificio. E tale è la tutela del risparmio in tutte le sue forme, valore sotteso alle norme attributive di poteri e competenze a Banca d'Italia e Consob in materia di intermediari e mercati». Riguardo alla trasparenza, come evidenziato da M.R. SPASIANO, *Il diritto d'accesso*, in R. GAROFOLI, T. TREU, *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, 288-296: «l'assunzione del canone di trasparenza, avvenuta a seguito della modifica dell'art. 1 della l. n. 241 del/1990 operata dalla l. n. 15/2005, colloca definitivamente l'attività pubblica in una dimensione di necessaria e preventiva conoscibilità e comprensibilità da parte di qualsiasi soggetto operi nell'ordinamento (neanche più solo il cittadino). Inoltre, l'acquisita consapevolezza dell'incapacità della norma giuridica d'inglobare e definire da sola gli interessi pubblici concreti da perseguire di volta in volta mediante l'esercizio di poteri pubblici fa sì che la loro concreta conformazione costituisca ormai necessaria prerogativa (riserva) dell'amministrazione pubblica mediante un processo di presa in considerazione e ponderazione di tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti: è tale indefettibile operazione che finisce col far assurgere l'istituto del diritto di accesso agli atti in una prospettiva a connotazione e valenza anche pubblicistica»; nonché dello stesso autore, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2005, 945. Sul tema della trasparenza in precedenza si cfr. R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416; F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 56.

La versione attuale della norma ha, infatti, esteso il novero dei soggetti nei cui confronti è esperibile l'accesso, includendo espressamente nella categoria da un lato i gestori di pubblici servizi, anche in assenza di un titolo concessorio⁶, e dall'altro le «Autorità di garanzia e di vigilanza»⁷.

La modifica normativa ha, dunque, messo fine al dibattito, che in precedenza si era sviluppato in dottrina, in merito alla possibilità di ricondurre le autorità indipendenti nell'ambito della nozione di amministrazione pubblica sottoposta alla disciplina dell'accesso⁸.

L'istituto in esame si può applicare anche nei confronti delle Autorità indipendenti «nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'art. 24».

L'estensione in via di principio della disciplina suddetta nei confronti degli enti in esame, dunque, deve essere coordinata con la regolamentazione specifica dei diversi settori in cui tali autorità operano.

Essa, pertanto, si presenta non come uno schema rigido da applicare automaticamente ed in modo uniforme nei confronti dei diversi enti, ma come un modello di riferimento la cui tenuta deve essere poi verificata sulla base delle peculiarità dei diversi ordinamenti.

3. *La prevalenza del segreto d'ufficio nel settore dei mercati finanziari e bancari*

In particolare la disciplina generale dell'accesso, ex l. n. 241/1990, subisce notevoli limitazioni nel settore dei mercati bancari e finanziari⁹, che derivano

⁶ La disciplina inizialmente prevista dall'art. 23 della l. n. 241/1990 che spiegava la disposizione dell'accesso nei confronti dei soggetti privati sulla base di un rapporto concessorio, (stabilito *ope legis* o con provvedimento), applicando la teoria dell'organo amministrativo indiretto, è stata subito confutata. La modifica successivamente intervenuta ha eliminato ogni dubbio sulla necessità di un titolo concessorio, specificando che l'esigenza della trasparenza vige nei confronti «dei gestori di pubblici servizi» a prescindere dal tipo di rapporto vantato con l'amministrazione (M. TIBERII, *Il ruolo dell'accesso nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *www.giustamm.it*, 7, 2008).

⁷ Si cfr. l'art. 23 della l. n. 241/1990 come modificato e sostituito dall'art. 4, comma 2, della l. 3 agosto 1999, n. 265, secondo cui: «Il diritto di accesso di cui all'art. 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi». Inoltre si cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 14 agosto 2007, n. 1359, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2683, secondo cui: «in tema di accesso agli atti, sono ostensibili tutti quelli posti in essere dal concessionario o dal gestore comunque denominato di un servizio pubblico, che, in quanto funzionalmente inerenti alla gestione d'interessi collettivi, impongono di realizzare una cura di tali interessi del tutto soggetta ai canoni d'imparzialità e d'efficienza costituzionalizzati all'art. 97».

⁸ Sul punto si cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011, 20 ss.

⁹ Sui profili pubblicistici che investono questo settore si cfr. G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2009, 57; nonché M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969 e M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, vol. II, n. 5, 1949, 105-135, ora in *Scritti*, III, Milano, 2003, 57; A. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel paradigma della concorrenza comunitaria*, Milano,

dalla difficoltà di coordinamento con le norme di settore, le quali, invero, hanno sempre invocato il rispetto del «segreto professionale».

Le informazioni acquisite dalla Commissione nazionale per le società e la borsa¹⁰ «nell'esercizio delle sue attribuzioni»¹¹ sono state tutelate dal segreto d'ufficio sia nella legge istitutiva 7 giugno 1974, n. 216 (art. 1, comma 7), sia nel successivo d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il testo unico sull'intermediazione finanziaria (art. 4, comma 10).

Quest'ultima normativa esclude dal regime del segreto le informazioni relative ad indagini per l'accertamento di violazioni «sanzionate penalmente».

Similmente, nel settore bancario le norme del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, sottopongono al «segreto d'ufficio» tutte le informazioni e tutti i dati acquisiti dalla Banca d'Italia¹² nell'ambito dell'attività di vigilanza¹³.

Anche in questo caso il regime del segreto è escluso nei confronti dell'autorità giudiziaria nei procedimenti d'indagine rivolti ad accertare «violazioni sanzionate penalmente» (art. 7, comma 1).

2002; S. BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, *Rivista trimestrale di dir. Pubbl.*, *Quaderno n. 3/2007*, 1.

¹⁰ Sulla Consob si cfr. G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993.

¹¹ È stato, dunque, superato quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui il segreto investirebbe soltanto i documenti ricevuti da altre amministrazioni; tale impostazione è stata esclusa da B.G. MATTARELLA, *Diritto di accesso e segreto d'ufficio: il caso della Consob*, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 1997, 832, dove si evidenzia, sul punto, che: «l'interpretazione così riaffermata è poco condivisibile, per più ragioni. Innanzitutto, per il dato letterale: la norma si riferisce alle informazioni acquisite dalla Consob nell'esercizio delle sue attribuzioni, che non si esauriscono certo nella richiesta di dati e notizie alle pubbliche amministrazioni. In secondo luogo, per il dato sistematico: l'art. 1 della l. n. 216/1974 contiene le norme più generali relative all'organizzazione ed al funzionamento della Commissione, quindi si deve ritenere che esse si riferiscano all'intera sua attività. In terzo luogo, per il dato funzionale: non ha senso che possano essere negati alle altre amministrazioni proprio i documenti ricevuti da alcuna di esse».

¹² Sul tema della vigilanza bancaria si cfr. D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007.

¹³ Al riguardo, occorre evidenziare che ad es. la giurisprudenza ha talvolta escluso che la documentazione relativa all'attività di verifica dei rischi delle banche svolta dalla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia rientri nell'ambito dell'attività di vigilanza e per l'effetto ha dunque consentito l'esercizio del diritto di accesso: così Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 28 maggio 2004, n. 598, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *contra* Cons. St., Sez. VI, 7 ottobre 2004, n. 7277, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui invece anche quest'attività rientra nell'ambito della vigilanza e pertanto la documentazione è coperta dal segreto d'ufficio: «il controllo del rischio è compito devoluto all'Istituto dall'art. 53 del d.lgs. n. 385/1993, che ricade nello stesso titolo III dello stesso decreto, rubricato Vigilanza». Sotto tale aspetto si veda G. DIPACE, *Sanzioni amministrative ed accesso al rapporto ispettivo di una banca sottoposta a procedura di crisi*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 3/2011, 365, la quale non manca di sottolineare che: «l'approccio del testo unico bancario al segreto d'ufficio sottolinea il criterio funzionale in quanto ne sottolinea l'operatività solamente a quanto acquisito in ragione dell'attività di vigilanza, con esclusione quindi di ciò che pur riguardando soggetti vigilati, sia acquisito a titolo diverso (art. 7, comma 1, t.u.b.)».

Il quadro normativo interno è sostanzialmente conforme alla successiva disciplina comunitaria. In tal senso depone l'art. 54 della direttiva 2004/39/CE, recante la regolamentazione dei mercati degli strumenti finanziari, nella parte in cui impone agli Stati membri di obbligare i soggetti competenti al rispetto del «segreto professionale», salvi i casi previsti dal diritto penale¹⁴.

Infine, la successiva direttiva 2013/36/UE, recante la disciplina sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale, specifica che le informazioni nei confronti degli enti falliti o sottoposti a liquidazione coatta amministrativa¹⁵ possono essere comunicate nel corso di «procedimenti civili o commerciali».

In tale ambito, dunque, com'è stato correttamente evidenziato¹⁶, il principio generale della prevalenza dell'accesso, rispetto ai casi d'esclusione individuati dalla legge o dagli atti regolamentari di ciascun'amministrazione, è capovolto.

Nel settore bancario e finanziario, pertanto, la regola è rappresentata dal segreto d'ufficio e/o professionale, mentre l'accesso costituisce un'eccezione¹⁷.

Tale tesi si fonda anche sulla concezione della materia bancaria e finanziaria come «ordinamento sezionale» ossia regolamentato da una disciplina in parte speciale¹⁸: le esigenze di buon funzionamento del sistema creditizio richiederebbero, infatti, una limitazione del principio della trasparenza e dei casi in cui è possibile esperire l'accesso¹⁹.

¹⁴ «E le altre ipotesi previste dalla presente direttiva» (art. 54 della direttiva 2004/39/CE).

¹⁵ La disposizione citata specifica che sono escluse dall'accesso le informazioni che «riguardano i terzi che hanno partecipato ad iniziative finalizzate al salvataggio di questi enti».

¹⁶ Si cfr. in merito D. PALAZZO, *Diritto di accesso e segreto d'ufficio nell'ambito della vigilanza bancaria*, in *Giur. comm.*, 5, 2019, 955, dove si afferma che: «la centralità del segreto professionale per il buon funzionamento dell'intero sistema creditizio comporta, secondo il giudice europeo, che le deroghe ad esso e dunque la possibilità di accesso per gli interessati debbano essere intese come tassative e sottoposte ad interpretazione restrittiva. Ci troviamo di fronte ad un capovolgimento dell'ordinario rapporto regola-eccezione tra accesso agli atti amministrativi e segretezza degli stessi».

¹⁷ Tuttavia, la dottrina ha anche evidenziato che: «sussistono alcune ipotesi di segreto esplicitamente previste da specifiche norme di settore come il segreto in materia bancaria, finanziaria, borsistica, su cui si è sviluppata un'interessante giurisprudenza. Anche in questi casi, il bilanciamento effettuato dalla giurisprudenza tra singole ipotesi di segreto e diritto di accesso configura il segreto come un'eccezione, benché la segretezza sia dovuta ad una puntuale previsione normativa», così F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 747.

¹⁸ Così M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse generale*, Milano, 1949, II ed. Milano, 2002, 65 ss.; *contra* M. CLARICH, *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario: profili generali*, in *Enc. dir.- Annali*, V, 2012, 155; nonché R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 686, entrambi richiamati da D. PALAZZO, *Diritto di accesso e segreto d'ufficio nell'ambito della vigilanza bancaria*, cit., 955.

¹⁹ Si cfr. in merito D. PALAZZO, *Diritto di accesso e segreto d'ufficio nell'ambito della vigilanza bancaria*, cit., 955.

4. *Il coordinamento tra la normativa dei settori suinducati e la disciplina generale dettata dalla l. n. 241/1990*

Il (potenziale) conflitto tra le norme speciali che disciplinano il settore creditizio e finanziario e le regole sulla trasparenza sembra risolto anche alla luce delle disposizioni contenute dall'art. 24 della l. n. 241.

Secondo la disposizione citata, infatti, il diritto di accesso²⁰ deve essere escluso se il documento rientra in uno di quelli coperti da segreto di Stato, ai sensi della l. 24 ottobre 1977, n. 801, o «nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge» o dai «regolamenti» con cui gli enti pubblici possono individuare altri atti sottratti all'accesso²¹.

²⁰ Sulla natura giudica dell'accesso la dottrina è divisa tra chi ritiene si tratti di un diritto soggettivo (così M. IMMORDINO, *Alcune riflessioni su diritto di accesso, riservatezza e tutela processuale del controinteressato*, cit., 2048, dove si afferma che si tratta di una situazione: «alla quale ormai la giurisprudenza, alla luce anche delle modifiche recentemente introdotte dall'ordinamento...riconosce in maniera ormai quasi unanime natura di un vero e proprio diritto soggettivo, non sottoposto ad alcuna valutazione autoritativa o comunque discrezionale dell'amministrazione... Tutto ciò è perfettamente coerente con la funzione propria del giudizio per l'accesso che non è l'annullamento delle determinazioni amministrative, bensì quella di garantire al ricorrente il conseguimento del bene della vita»; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, 133; F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto d'accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1994, 257; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto d'accesso nella disciplina della legge 7 agosto 1990, n. 241 e il problema della legittimazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 97); dall'altra parte chi invece ritiene che si tratti di un interesse legittimo (G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, vol. II, Bologna, 1998, 1309; G. PALEOLOGO, *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 13). La complessità del problema viene colta anche da L. BERTONAZZI, *Accesso ai documenti e contraddittorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 824, che ha confermato come «l'attribuzione al diritto d'accesso della natura giuridica di diritto soggettivo ovvero la sua qualificazione in termini d'interesse legittimo, nel quadro di una considerazione unitaria e indifferenziata dell'istituto, rivelino un approccio inadeguato al problema». Sia consentito anche il rinvio a M. TIBERII, *Brevi note in materia di accesso e "privacy"*, in *Riv. amm. reg. Campania*, n. 1/1996, 39, secondo cui l'accesso è un istituto: «dai contorni ancora sfumati, dai connotati in parte oscuri, la cui natura giuridica appare attualmente sfuggire alla tradizionale alternativa tra le posizioni classiche del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, oscillando tra la prima e la seconda figura, delle quali si serve per assumere e mutuare alcuni tratti, alcuni elementi, ma dalle quali comunque infine si discosta per conservare intatto il suo carattere bivalente, che oggettivamente lo contraddistingue».

²¹ Sul punto si cfr. ad es. il Regolamento 16 maggio 1994 della Banca d'Italia, recante la disciplina per l'esclusione dell'esercizio del diritto di accesso ai sensi dell'art. 24, comma 4, della l. n. 241/1990, secondo cui sono sottratti all'accesso: «a) i documenti amministrativi, di contenuto generale o particolare, contenenti notizie, informazioni e dati in possesso della Banca d'Italia in ragione dell'attività di vigilanza informativa, regolamentare, ispettiva e di gestione delle crisi, esercitata nei confronti delle banche, dei gruppi bancari, degli intermediari finanziari, delle società di intermediazione mobiliare, dei fondi comuni di investimento mobiliare di tipo chiuso e di tipo aperto, dei fondi di investimento immobiliare chiusi e delle società di investimento a capitale variabile, nonché in ragione di ogni altra attività di vigilanza riguardante l'accesso all'intermediazione bancaria o finanziaria e il suo esercizio, coperti da segreto d'ufficio ai sensi dell'art. 7 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dell'art. 7, comma

La normativa in materia bancaria e finanziaria in precedenza citata, che impone il rispetto del segreto d'ufficio e/o professionale, rappresenta, dunque, uno degli esempi «di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge»²².

Inoltre, è possibile esercitare il potere regolamentare quando la trasparenza comporti un pregiudizio alle scelte di «politica monetaria o finanziaria»²³ o laddove «i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche» ecc.²⁴

4, della legge 23 marzo 1983, n. 77, dell'art. 9, comma 9, della legge 2 gennaio 1991, n. 1, dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 84, dell'art. 2, comma 2, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 86, dell'art. 3, comma 2, della legge 14 agosto 1993, n. 344, dell'art. 3, comma 2, della legge 25 gennaio 1994, n. 86».

²² In tal senso, B.G. MATTARELLA, *Diritto di accesso e segreto d'ufficio: il caso della Consob*, cit., 832, ha osservato che l'art. 24, comma 1, della l. n. 241/1990, sembra rivolto a conservare le disposizioni in esame; sul punto si aggiunge che: «la formulazione della norma della l. n. 216/1974 è simile a quella della norma del segreto di Stato, alla quale l'art. 24, comma 1, fa esplicito riferimento; inoltre, norme simili o identiche sono contenute in atti normativi successivi alla l. n. 241 del 1990: dovendo queste essere interpretate in modo che abbiano un significato, è ragionevole interpretare nello stesso modo quella della l. n. 216 del 1974. Dunque, nonostante sia venuto meno il principio presupposto da questa norma, si può ritenere che essa continui ad operare come fondamento di un regime derogatorio rispetto al principio inverso (quello dell'accesso)».

²³ L'art. 3 del medesimo regolamento individua le categorie di documenti inaccessibili per la salvaguardia della politica monetaria e valutaria: «1. Ai sensi dell'art. 24, comma 2, lettera b), della legge 7 agosto 1990, n. 241, e dell'art. 8, comma 5, lettera b), del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, sono sottratti all'accesso i documenti relativi ai processi di formazione, determinazione e attuazione della politica monetaria e valutaria. In tale quadro sono esclusi i documenti amministrativi concernenti elaborazioni, studi, ricerche, proposte, indicazioni, riferimenti, valutazioni, decisioni, esecuzioni riguardanti interventi in materia di: sconti, anticipazioni e compensazione e, comunque, di rifinanziamento, nonché di sistema dei pagamenti; mercati monetario e finanziario; tesoreria dello Stato e relativi rapporti con il Ministero del tesoro e con le altre amministrazioni pubbliche; amministrazione delle disponibilità in oro, delle attività in valuta e degli altri strumenti di riserva internazionali, di investimenti e disinvestimenti di portafoglio estero in lire e in valuta, di operazioni nel mercato dei cambi, di disciplina dell'attività valutaria, di collaborazione con gli organi competenti per l'adozione dei provvedimenti valutari. 2. È, invece, consentito l'accesso per le seguenti categorie di provvedimenti: autorizzazione ad operare in qualità di cambiavalute (anche a bordo di navi e aeromobili); trasferimento dell'attività di cambiavalute in nuovi locali; modifica dei legali rappresentanti e/o degli esponenti di società titolari di autorizzazioni ad operare in qualità di cambiavalute; mutamenti della ditta, denominazione, ragione sociale o tipo di società titolare di autorizzazione ad operare in qualità di cambiavalute».

²⁴ In tema di riservatezza si cfr. S. VACCARI, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in *Dir. econ.*, 2015, 151 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, 8/2013; F. MIDIRI, *GDPR e accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro amm.*, 2018, 2217 ss.; M. IMMORDINO, *Alcune riflessioni su diritto di accesso, riservatezza e tutela processuale del controinteressato*, cit., 2037, secondo cui: «il diritto di accesso ha carattere funzionale rispetto ai valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, e che del diritto alla riservatezza non può predicarsi quell'assolutezza in grado di garantirne la prevalenza su qualsiasi altro diritto, con conseguente esclusione di qualsiasi ponderazione con altri interessi e, quindi,

In merito, com'è stato correttamente osservato, la scelta della divulgazione e/o secretazione degli atti è espressione di un potere di natura discrezionale²⁵.

Pertanto, le autorità competenti devono improntare tali decisioni al perseguimento degli interessi della tutela del risparmio e dell'efficienza dei mercati; ne deriva che si dovranno «tenere riservati i documenti relativi alla vigilanza solo quando ciò sia effettivamente necessario per la tutela di quegli interessi», ma in caso contrario si potrà «anche non esercitare né il potere di secretazione, né quello di divulgazione, e quindi consentire l'accesso ai documenti agli individui»²⁶.

5. *Segue. Il regime delle eccezioni*

Il principio della segretezza delle informazioni di carattere finanziario è, dunque, derogato soltanto in ipotesi tassativamente individuate sulla base delle regole sopra richiamate.

In effetti, l'accesso può essere considerato giustificato quando le informazioni riguardano dei procedimenti rivolti all'accertamento di violazioni sanzionate sotto il profilo penale²⁷.

Inoltre, è consentito nei confronti degli enti sottoposti ad una procedura fallimentare o di liquidazione coatta amministrativa²⁸, quando le informazioni

con il diritto di accesso a carattere difensivo»; nonché M. TIBERII, *La rilevanza di interesse pubblico del dato privato riservato: personale, sensibile e sullo stato di salute*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 3304 ss.; ID, *Brevi note in tema di accesso e privacy: posizioni giuridiche a confronto*, in *Riv. amm. reg. Campania*, 1996, 38 ss.

²⁵ Così G. ARENA, *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, Padova, 1984, 180 ss.; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993, 224; nonché L. TORCHIA, *Il controllo pubblico sulla finanza privata*, Padova, 1992, 100 ss.

²⁶ B.G. MATTARELLA, *Diritto di accesso e segreto d'ufficio: il caso della Consob*, cit., 832, secondo cui: «La conclusione è che la l. n. 216/1974 pone sì un caso di esclusione del diritto di accesso ai sensi dell'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, ma non impone alla Consob di negare sempre l'accesso [...]. Si può dire che si tratta di un caso di "segreto" e non di "divieto di divulgazione". D'altra parte, scopo dell'art. 24, comma 1, è di fare salve le norme come quella in questione, non di irrigidirlle, imponendo, comunque, il segreto».

²⁷ Sul punto si cfr. ad es. CGUE, Sez. II, 12.11.2014, C-140/13, dove alla luce dell'art. 54 della direttiva 2004/39/CE, si esclude l'accesso perché il procedimento penale è già chiuso, specificando sul punto che la norma citata può essere interpretata nel senso che: «un'autorità di vigilanza nazionale può invocare, nell'ambito di un procedimento amministrativo, l'obbligo di mantenere il segreto professionale nei confronti di una persona che, in un caso non rientrante nel diritto penale o in un procedimento civile o commerciale, le ha richiesto l'accesso ad informazioni riguardanti un'impresa d'investimento attualmente soggetta a liquidazione giudiziale, quand'anche il modello commerciale principale di tale impresa sia consistito in una frode di ampia portata volta a truffare consapevolmente gli investitori e vari responsabili di tale impresa siano stati condannati a pene detentive».

²⁸ Sul punto si cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 27 gennaio 2020, n. 1104, in www.giustizia-amministrativa.it, con la quale, nonostante l'accesso riguardasse dei dati relativi alla tutela degli interessi patrimoniali lesi a seguito della liquidazione coatta amministrativa di un istituto di credito, i giudici hanno

sono richieste per l'esercizio della difesa nell'ambito di un procedimento giudiziario.

Il presupposto obbligatorio della contestuale pendenza di un procedimento giudiziario è stato superato per effetto di un orientamento giurisprudenziale del giudice comunitario²⁹.

Si è, infatti, evidenziato che escludere l'accesso richiesto, in presenza di un procedimento amministrativo, al fine di valutare l'opportunità di un'azione legale, costringendo l'istante a promuovere un ricorso al buio, comprometterebbe la regola fondamentale di una buona amministrazione della giustizia³⁰.

Tale eccezione, comunque, può essere consentita soltanto quando l'istante fornisca «indizi precisi e concordanti», che consentano di comprovare che le informazioni richieste con la domanda di accesso «risultino pertinenti ai fini di un procedimento civile o commerciale»³¹.

In una direzione simile, il giudice delle leggi aveva già da tempo chiarito, con una pronuncia interpretativa di rigetto, che anche in questa materia non si può escludere l'accesso nell'ambito di un procedimento sanzionatorio disciplinare³².

respinto la domanda in quanto il ricorrente: «non ha fornito quegli indizi precisi e concordanti [...] indispensabili per poter formulare un giudizio di plausibilità *ex ante* in ordine alla pertinenza della documentazione richiesta, allo stato coperta dal segreto d'ufficio *ex art. 4, comma 10, del d.lgs. n. 58/1998*».

²⁹ Così CGUE 13 settembre 2018, C-594/16, in www.curia.europa.eu, secondo cui: «l'art. 53, paragrafo n. 1, della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese d'investimento [...] dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che le autorità competenti degli Stati membri divulghino informazioni riservate a una persona che ne faccia richiesta per poter avviare un procedimento civile o commerciale volto alla tutela di interessi patrimoniali che sarebbero stati lesi a seguito della messa in liquidazione coatta amministrativa di un ente creditizio».

³⁰ Così ancora CGUE 13 settembre 2018, C-594/16, cit.

³¹ Sul punto si precisa che: «Tuttavia la domanda di divulgazione deve riguardare informazioni in merito alle quali il richiedente fornisca indizi precisi e concordanti che lascino plausibilmente supporre che esse risultino pertinenti ai fini di un procedimento civile o commerciale, il cui oggetto dev'essere concretamente individuato dal richiedente e al di fuori del quale le informazioni di cui trattasi non possono essere utilizzate», sempre in CGUE 13 settembre 2018, C-594/16, cit.

³² Si cfr. in merito Corte cost., 14 febbraio 1995, n. 505, in www.cortecostituzionale.it, e successivamente Corte cost., 3 novembre 2000, n. 460, in www.cortecostituzionale.it, che sul punto osserva: «La conclusione a cui si perviene è però già diversa se la disposizione censurata, senza ancora chiamare in causa principi costituzionali, viene letta congiuntamente alle altre disposizioni che con essa formano sistema, a partire dall'art. 196 del medesimo decreto legislativo. In esso si dispone, al secondo comma, che le sanzioni disciplinari a carico dei promotori finanziari siano applicate dalla Consob con provvedimento motivato, previa contestazione degli addebiti e valutate le deduzioni degli interessati [...]. Se ne desume che la sfera di applicazione del censurato art. 4, comma 10, quale che ne sia l'effettiva estensione, con certezza non comprende gli atti, le notizie e i dati in possesso della Commissione in relazione alla sua attività di vigilanza, posti a fondamento di un procedimento disciplinare, sicché questi, nei confronti dell'interessato, non sono affatto segreti e sono invece pienamente accessibili». Sotto tale aspetto si veda G. DIPACE, *Sanzioni amministrative ed accesso al rapporto ispettivo di una banca sottoposta a procedura di crisi*, cit., 365, laddove rileva che: «torna in evidenza dunque a livello giurisprudenziale la necessità di conciliare interessi contrapposti che tenga conto da un

In tal senso, la Corte costituzionale ha fondato tale conclusione sulla base di un'interpretazione sistematica degli artt. 4, comma 10, e 196, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 58/1998.

Quest'ultima norma, infatti, impone che le sanzioni della Consob siano adottate previa contestazione degli addebiti con provvedimento motivato, prevedendo l'applicazione anche in questo settore delle regole previste dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 (cfr. comma 3)³³.

In particolare, l'art. 23 della legge suindicata impone all'autorità che ha emesso la sanzione di depositarla nel giudizio di opposizione con tutti «gli atti relativi all'accertamento».

Ne consegue che gli atti adottati e le notizie raccolte dall'autorità di vigilanza, che risultano posti a fondamento di un procedimento disciplinare, devono essere resi accessibili non soltanto nel giudizio di opposizione, ma anche nella fase precedente del procedimento disciplinare per scongiurare l'adozione del provvedimento lesivo³⁴.

lato della specificità dell'azione di vigilanza, e dall'altro delle esigenze partecipative e di trasparenza [...]. Più intensi presidi di trasparenza rafforzata sono stati previsti per i procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali, di tipo sanzionatorio che devono essere svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie rispetto alla irrogazione della sanzione».

³³ Si cfr. ancora Corte cost. n. 460/2000.

³⁴ Sul tema si cfr. anche L. GILL, *Procedimento sanzionatorio CONSOB: diritto d'accesso e segreto d'ufficio*, in *Giust. civ.*, 12, 1999, 3547. L'Autore riporta la posizione del Consiglio di Stato, secondo cui: «Il presupposto da cui parte il collegio è che il procedimento sanzionatorio in oggetto, ora regolamentato dall'art. 196 del d.lgs. n. 58 del 1998, sia di tipo disciplinare, considerato il particolare rapporto di vigilanza corrente tra la Consob ed i promotori finanziari. Con la conseguenza che sarebbe irragionevole non estendere a questi ultimi quelle garanzie di contraddittorio e, più in generale, di partecipazione, ormai operanti in procedimenti di tipo disciplinare, quale quello relativo agli impiegati pubblici o agli avvocati». La giurisprudenza ha recentemente accolto un'istanza di accesso proposta in seguito ad un procedimento sanzionatorio attivato in relazione ad una manipolazione operativa su azioni ordinarie, in quanto il rapporto di pertinenza tra i documenti richiesti «e gli interessi giuridicamente rilevanti da difendere mediante l'esercizio del diritto di accesso è, per cd., in *re-ipsa*, trattandosi di atti facenti parte integrante di quello stesso procedimento sanzionatorio (cd. accesso endoprocedimentale) nell'ambito del quale alla società istante sono stati addebitati illeciti puniti con sanzione di natura sostanzialmente penale», così Tar Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 2 marzo 2020, n. 2744, in www.giustizia-amministrativa.it. Di converso, si è ritenuto che le informazioni relative all'archiviazione di un procedimento disciplinare, pur essendo accessibili all'interessato, non possono essere rilasciate al fine di essere utilizzate all'interno del giudizio civile in cui il medesimo soggetto è chiamato a risarcire i danni. L'esclusione dell'ostensione degli atti, acquisiti nel corso dell'attività di vigilanza, nel giudizio civile è stata considerata corretta, perché lungi dal violare l'esercizio del diritto alla difesa, comporterebbe un'inammissibile vantaggio per una sola delle parti in palese violazione del principio della parità processuale: così Corte cost., 26 gennaio 2005, n. 32, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2005, con nota di B. ARGIOLAS, *La Consob ed il segreto d'ufficio*, 1043, secondo cui: «da caducazione del regime di segreto andrebbe, in questo caso, proprio nella direzione opposta, recando vantaggio solo ad una delle parti. Ciò avverrebbe perché i documenti acquisiti dal soggetto sottoposto a vigilanza dalla Consob resterebbero, in generale, assoggettati a segreto e, di conseguenza, non visibili per il suo contraddittore nel giudizio civile di danno. Sicché una

6. *L'accesso civico*

Negli ultimi anni il *favor* nei confronti del principio della trasparenza dell'attività amministrativa, considerato anche come uno dei principali alleati nella lotta per la prevenzione della corruzione³⁵ e della criminalità organizzata³⁶, ha indotto il legislatore ad introdurre delle nuove ed ulteriori forme di accesso³⁷.

Al fianco, dunque, dell'accesso previsto dalla l. n. 241/1990 nei confronti di coloro che vantano una situazione giuridica rilevante, come strumento volto a garantire e promuovere la legalità e l'imparzialità della p.a., si sono previste altre due forme: l'accesso cd. civico³⁸ e l'accesso cd. generalizzato.

eventuale pronuncia di accoglimento finirebbe per introdurre, in un rapporto processuale conformato dal principio di parità, un trattamento irragionevolmente differenziato tra le parti». Sul punto la sentenza citata evidenzia che: «si consideri che il soggetto che abbia acquisito la disponibilità degli atti in possesso della Consob in ragione dell'attività di vigilanza non avrebbe certamente l'obbligo di versarli integralmente nel giudizio civile di danno intentato nei suoi confronti, ben potendo, in base a scelte difensive di mera opportunità, produrne solo alcuni e non altri». Su tale tesi sono condivisibili le osservazioni di B.G. MATTARELLA, *Diritto di accesso e Consob: l'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2001, 263, secondo cui: «le informazioni non possono essere segrete per alcuni e accessibili per altre: l'impostazione del segreto consegue a un procedimento ed a una valutazione dell'amministrazione, in seguito alla quale l'informazione è oggettivamente segreta, e quindi sottratta all'accesso. Se il documento è accessibile, il segreto viene meno: è l'informazione a non essere più segreta e non il privato a potervi accedere nonostante la sua segretezza. Nonostante la Corte aggiunga "nei confronti dell'interessato", infatti, nel sistema della l. n. 241 del 1990 il criterio dell'interesse serve a stabilire chi può accedere al documento che non sia segreto, non a stabilire quali documenti siano segreti e quali non lo siano».

³⁵ Sul tema si cfr. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123; R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6.11.2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in *www.federalismi.it.*, 8/2013; nonché A. POLICE, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, 189.

³⁶ In tal senso questa normativa rientra nell'ambito di una più ampia politica legislativa di lotta contro i fenomeni dell'illegalità e della corruzione, che ricomprende anche la disciplina dettata dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, come evidenziato anche da R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 905. Del resto, come da tempo evidenziato il diritto di accesso è anche espressione del principio di democraticità: così M. OCCHIENA, *Ad. Pl. 18 aprile 2006, n. 6 in Foro it.*, n. 7-8, 2006, 377, nonché più di recente Cons. St., Sez. V, 17 marzo 2015, n. 1370, in *Foro amm.*, 2015, 738. In generale si cfr. M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive* (Relazione al Convegno "Il diritto di accesso agli atti amministrativi tra vuota retorica e garanzia di trasparenza", Roma, 18 febbraio 2019), in *www.federalismi.it.*, 17/2019; nonché A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 2014, 563.

³⁷ M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 9 ss.; ID., *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Paris, 2010; nonché G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 875 ss.; F. COSTANTINO, *Open government*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, agg. 2015, 268. Come sottolineato da M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 905: «dopo le modifiche apportate dalla l. 15/2005, pare indiscutibile che nei confronti degli enti pubblici non abbia più senso parlare di diritto di accesso, dovendosi privilegiare la diversa definizione di diritti di accesso».

³⁸ Sul tema si cfr. M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso*

La prima delle due ipotesi è introdotta dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante la normativa in materia di «Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte della pubblica amministrazione»³⁹.

Il principio elementare che informa questa disciplina è che gli atti oggetto di pubblicazione obbligatoria, in base alla normativa vigente, devono essere considerati pubblici e, dunque, «chiunque ha diritto di conoscerli».

In questo caso il diritto di accesso viene, pertanto, configurato come un diretto corollario della violazione dell'obbligo di pubblicazione degli atti previsto dalla normativa vigente.

Ne deriva che è esclusa nei confronti della richiesta di accesso civico qualsiasi forma di limitazione della «legittimazione soggettiva» del soggetto istante.

Inoltre, la domanda diversamente dall'accesso tradizionale, *ex l.* n. 241/1990, è gratuita e può essere presentata al responsabile del procedimento senza alcuna motivazione⁴⁰.

Tale novità è stata accolta favorevolmente da una parte della dottrina, la quale ha anche proposto d'imporre alla p.a. la pubblicazione in modalità *open data* di qualsiasi documento in suo possesso⁴¹, atteso che tutti questi dati apparirebbero «al patrimonio indisponibile di una collettività»⁴² e, pertanto, gli enti pubblici risulterebbero soltanto meri custodi di beni della collettività⁴³.

civico, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2015, 63, dove l'autore saluta le novità normative come volte ad intendere la trasparenza «in termini di accessibilità totale delle informazioni riguardanti sia l'organizzazione che l'attività delle pubbliche amministrazioni. Lo scopo è quello di favorire forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche».

³⁹ Si cfr. A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, cit., 563 ss.

⁴⁰ In dottrina si è evidenziato che la normativa si limita ad indicare dove presentare la domanda ma non chiarisce la questione della competenza sulla decisione, prospettando al riguardo due soluzioni: «un modello accentrato, nel quale la decisione spetta a un unico ufficio, il cui personale abbia specifiche competenze sul FOIA, mentre l'ufficio che detiene il dato o documento richiesto interviene in sede istruttoria; e un modello decentrato, nel quale invece la decisione spetta all'ufficio detentore del dato o del documento. Quest'ultima è la decisione più naturale: evita, infatti, un riordino delle competenze interne all'amministrazione e distribuisce il carico dell'attuazione del FOIA su tutti gli uffici», così I. PIAZZA, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2019, 645 ss.

⁴¹ In tal senso, ad es. M. OREFICE, *Gli open data tra principio e azione: lo stato di avanzamento*, in *Quad. cost.*, in www.forumcostituzionale.it (25 maggio 2015).

⁴² Si cfr. G. DE MINICO, *Gli open data: una politica "costituzionalmente necessaria"?*, in *Quad. cost.*, in www.forumcostituzionale.it (12 giugno 2014), che in merito rileva: «Se il dato detenuto dall'amministrazione appartiene al patrimonio indiviso di una collettività, su di esso il soggetto pubblico non può vantare un titolo proprietario esclusivo, perché il dato è della collettività, mentre l'amministrazione ne è semplicemente il custode, peraltro temporaneo. E allora la p.a. non è facoltata, ma obbligata a diffonderlo perché non fa altro che restituire al suo legittimo proprietario quanto già gli appartiene».

⁴³ Ne deriverebbe in capo alla p.a. non la facoltà, bensì l'obbligo della diffusione di tali dati al fine di restituire i beni custoditi ai legittimi proprietari, così ancora G. DE MINICO, *Gli open data: una politica "costituzionalmente necessaria"?*, cit.

7. L'accesso "civico generalizzato"

La disciplina in esame si avvale più di recente di un'ulteriore freccia inserita nell'arco degli strumenti posti al servizio della trasparenza, che è introdotta nel corpo del precedente testo legislativo.

Con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, si apportano notevoli modifiche al precedente d.lgs. n. 33/2013, come comprovato anche dalla nuova intestazione della materia intitolata «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»⁴⁴.

In particolare, l'art. 5⁴⁵ inserisce al fianco dell'accesso civico in senso stretto, che consente a chiunque di richiedere i documenti dei quali la p.a. abbia omesso la pubblicazione⁴⁶, una distinta forma di accesso che viene definita generalizzata⁴⁷.

Al fine, infatti, di consentire un controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sulle rispettive risorse pubbliche, favorendo il dibattito, si riconosce che: «chiunque ha diritto di accedere ai dati ed ai documenti detenuti

⁴⁴ Sul tema si cfr. D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del decreto legislativo n. 33/2013*, in *www.federalism.it*, 5/2016; nonché, E. CARLONI, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid*, 4, 2016; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inform.*, 2015, 227 ss.; M. PIERRO, *Il dovere di informazione dell'amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo*, in *Riv. dir. fin.*, 2016, 193 ss.; nonché A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, 577.

⁴⁵ Sul punto, occorre evidenziare che il legislatore nazionale, a seguito della nota crisi epidemiologica da Covid-19, attraverso l'art. 67, comma 3, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, aveva temporaneamente disposto la sospensione, dall'8 marzo al 31 maggio 2020, delle: «attività non aventi carattere di indifferibilità ed urgenza consistenti [...] nelle risposte alle istanze formulate ai sensi dell'art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e dell'articolo 5 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 22».

⁴⁶ In tal senso, ad es. si è osservato che l'accesso civico 2013 più che una forma di accesso «appare un rimedio nelle mani del privato per pungolare l'amministrazione recalcitrante a pubblicare documenti che per legge aveva già l'obbligo di rendere noti» (S. VILLAMENA, *Il c.d. Foia*, cit., 5).

⁴⁷ Sul punto è stato sottolineato che «questa rapida diffusione del modello FOIA è stata certamente favorita dal diritto sovranazionale e da alcune convenzioni internazionali, che riconoscono la libertà d'informazione come diritto fondamentale, impegnando i singoli Stati ad adottare leggi che ne assicurino l'effettivo rispetto, attraverso, in *primis*, il diritto di accesso»: così M.A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel foia italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *www.federalismi.it*, 19/2020, 405. In generale si cfr. E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la preesistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.; sulle innovazioni normative si rinvia altresì a M. RENNA, S. VACCARI, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *www.giustamm.it*, 1, 2019, 2 ss. Inoltre, si rimanda a F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 743 ss.; nonché si cfr. G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "foia Italia"*, in *www.federalismi.it*, 19/2018, 1 ss.

dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto» (art. 5, comma 2)⁴⁸.

In questo modo, si è dunque introdotta anche in Italia una terza forma di accesso, da tempo conosciuta negli altri ordinamenti con la denominazione di F.O.I.A. (*Freedom of Information Act*)⁴⁹.

Si tratta, com'è evidente, di un modello che esclude che il soggetto richiedente debba necessariamente possedere un interesse «diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridica rilevante»⁵⁰.

Il quadro della normativa sull'accesso si va, quindi, ulteriormente articolando, considerando che le forme più recenti non sostituiscono, ma si aggiungono alle precedenti.

In quest'ambito si devono, pertanto, annoverare su un piano generale ben tre tipologie di accesso, che ricomprendono: l'accesso, cd. tradizionale, ex l. n. 241/1990, che si fonda sulla titolarità di una situazione giuridica rilevante; l'accesso civico in senso stretto, ex d.lgs. n. 33/2013, che consente a chiunque (senza che il soggetto sia portatore di una posizione giuridica), di acquisire soltanto quei documenti per i quali la legge impone l'obbligo della pubblicazione; l'accesso, cd. civico

⁴⁸ Questo secondo tipo di accesso, invece, è certamente più vicino «all'idea di accesso agli atti amministrativi in senso tradizionale, dal momento che il privato richiede alla p.a. un documento che la stessa non era obbligata a pubblicare, ma che comunque si ha l'interesse non più qualificato, ma potremmo dire civico di conoscere. Ne consegue, in questo secondo ambito, l'attribuzione alla p.a. procedente di un margine discrezionale di apprezzamento sulla richiesta di accesso» (S. VILLAMENA, *Il c.d. Foia*, cit., 5).

⁴⁹ Una parte della dottrina, tuttavia, ha evidenziato i limiti del modello FOIA di origine statunitense: al riguardo si rinvia a M. MAGRI, *La trasparenza oltre il FOIA. Attualità e limiti del modello statunitense*, in *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, cit., 89 ss.; nonché F. NOTARI, *Le criticità di un primo monitoraggio del FOIA italiano: il ruolo di Anac, Garante privacy e giudici amministrativi*, www.federalismi.it, 18/2018, 14. Per un'analisi di diritto comparato si cfr. A.M. BONOMO, *Informazioni e pubbliche amministrazioni*, Bari, 2012; nonché M. SAVINO, *The right to open public administrations in Europe: emerging legal standards*, Paris, 2010. Sul tema v. anche i contributi di E. CARLONI, *Se questo è un Foia*, cit., 8, e di C. CUDIA, *Appunti su trasparenza amministrativa e diritto alla conoscibilità*, in www.giustamm.it, 12, 2016, 6.

⁵⁰ In dottrina sono state evidenziate ed esaminate le difficoltà che l'impatto dell'accesso generalizzato provoca sull'organizzazione amministrativa, sul punto si cfr. D.U. GALETTA, *La trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1054; nonché A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli enti locali)*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2016, 744. La nuova disciplina quindi si diversifica dalla precedente che impone presupposti giuridici ben individuati. Sul punto si cfr. M. CIAMMOLA, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi (Prima e dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1181; nonché A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso?*, in *Dir. amm.*, 1995, 315. In dottrina, tuttavia, come evidenziato da M.R. SPASIANO, *Il diritto di accesso*, cit., «negli anni la giurisprudenza sul punto ha chiarito che può trattarsi anche di situazioni giuridiche diverse da un interesse legittimo o un diritto soggettivo: in tal senso, l'accesso si rivela strumentale alla tutela di qualsiasi interesse che l'ordinamento reputi rilevante, affinché l'interessato possa disporre di tutte le informazioni e le difese più opportune per evitare ogni pregiudizio alla propria sfera giuridica. È stata, ad esempio, ritenuta sufficiente la sussistenza di una posizione consistente in un interesse collettivo o diffuso, in un'aspettativa di diritto e, in alcune ipotesi, finanche in un interesse semplice o di mero fatto».

generalizzato, ex d.lgs. n. 97/2016, che infine prevede la possibilità di richiedere qualsiasi documento (senza che l'istante vanti una particolare legittimazione)⁵¹.

Inoltre, le norme soprarichiamate non esauriscono la materia in esame, atteso che ad esse si devono aggiungere le altre discipline speciali previste nel settore delle informazioni ambientali⁵², in quello dei contratti pubblici⁵³, nonché degli enti locali e dei consiglieri comunali e provinciali⁵⁴.

8. *L'applicabilità dell'accesso civico nei confronti delle autorità indipendenti*

Dopo aver ricostruito la linea di demarcazione che segna il confine tra le diverse forme di accesso tradizionale, civico e generalizzato si pone, dunque, l'esigenza di comprendere se ed eventualmente in che termini tali strumenti siano applicabili alle autorità indipendenti in genere ed in particolare alle autorità di vigilanza del settore creditizio e finanziario.

L'interrogativo al quale si deve, dunque, provare a dare una risposta è innanzi tutto relativo all'ambito soggettivo di riferimento della disciplina sull'accesso cd. civico e generalizzato.

Sul punto, la versione originaria del d.lgs. n. 33/2013 con l'art. 11, comma 1, chiariva che la nozione di «pubbliche amministrazioni» cui applicare la disciplina in esame coincideva con le tipologie di enti elencate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Con tale rinvio si estendeva, dunque, l'applicazione diretta della normativa

⁵¹ Tale aspetto della normativa distingue chiaramente le diverse forme di accesso, come riconosciuto unanimemente dalla dottrina tra i tanti si cfr. I. PIAZZA, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione amministrativa*, cit., 645, secondo cui «l'introduzione di un diritto d'accesso sul modello del *Freedom Of Information Act* statunitense, da noi chiamato accesso civico generalizzato, ha permesso di superare le limitazioni in termini di legittimazione all'accesso e di oggetto delle istanze di accesso che, fino a quel momento, consentivano la richiesta soltanto a chi avesse un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridica tutelata oppure la consentivano a chiunque (anche privo di un simile interesse) ma limitatamente ai documenti per i quali la legge già prevedesse un obbligo di pubblicazione in capo alle amministrazioni».

⁵² In merito si rinvia al d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195, di recepimento della direttiva 2003/4/CE. In dottrina si cfr. M. CIAMMOLA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del ministero dell'ambiente al d.lg. n. 195 del 2005*, in *Foro amm. CdS.*, 2007, 657.

⁵³ In materia di contratti si cfr. l'art. 53 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In tema di accesso agli atti nella materia degli appalti pubblici si cfr. M. OCCHIENA, *Accesso agli atti e divieti di divulgazione*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, Milano, 2013, 184; sull'accesso nei contratti pubblici si cfr. anche E. CONCILIO, *Accesso civico e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale*, in *www.nuoveautonomie.it* (anticipazioni), n. 2/2021.

⁵⁴ Sul diritto degli enti locali si cfr. gli artt. 10 e 43, comma 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; sulla tutela del privato in materia di accesso si cfr., invece, M. CALABRÒ, *Diritti di accesso e profili rimediali. Spunti di riflessione per l'introduzione di una ipotesi di giurisdizione condizionata*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2018, 63 ss.

suddetta nei confronti di tutte le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le Istituzioni Universitarie, le Camere di Commercio, gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, gli enti del servizio Sanitario nazionale ecc.⁵⁵, ma si escludevano le Autorità Amministrative Indipendenti.

Queste ultime, infatti, venivano ricomprese nell'ambito soggettivo di riferimento della disciplina sull'accesso civico ai sensi del successivo comma 3, secondo cui «le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione provvedono all'attuazione di quanto previsto dalla normativa vigente in materia di trasparenza secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti».

L'ultima parte della disposizione citata, dunque, riconosceva sia pure in via indiretta – ovvero mediante un'attività attuativa di competenza delle autorità indipendenti – l'applicazione dell'istituto del cd. accesso civico nei confronti anche di tali enti.

Conclusione questa corretta ove si consideri che l'ambito di estensione di questa seconda tipologia di accesso (cd. civico) concerne gli atti di pubblicazione obbligatoria⁵⁶.

Ove, dunque, la normativa impone anche alle autorità indipendenti la pubblicazione dei propri atti non vi può essere alcuna valida ragione per impedire il consequenziale esercizio del diritto di accesso e rilascio di copia nel caso in cui tale obbligo sia stato disatteso.

Non sembra, pertanto, che neppure nel settore specifico del credito e della finanza si possano rivenire delle motivazioni che richiedano di escludere l'esercizio del diritto di accesso nei confronti degli atti che dovevano ma non sono stati mai pubblicati.

Del resto, come chiarito dall'Anac, nell'ambito delle autorità sottoposte alla nuova disciplina si devono includere oltre all'Autorità Garante della concorrenza e

⁵⁵ In particolare, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che: «per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

⁵⁶ Il Capo II del d.lgs. n. 33/2013, relativo agli «obblighi di pubblicazione concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni», individua le categorie di documenti, ricompresi all'interno delle Linee Guida ANAC (delibera n. 1310 del 28 dicembre 2016) che, nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza, le amministrazioni devono pubblicare. In particolare, si evidenzia la necessità di rendere noti, tra gli altri: a) il «Piano triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza» (art. 10, c. 8, lett. a) d.lgs. 33/2013); b) gli atti di organizzazione in riferimento agli «incarichi politici, di organizzazione, di direzione o di governo» (art. 14); c) l'elenco dei «titolari di incarichi di collaborazione o consulenza» (art. 15); d) le «sanzioni per mancata comunicazione dei dati» (art. 47) ecc. In applicazione di tali obblighi, la Consob ha individuato un apposito «Elenco degli obblighi di pubblicazione vigenti nel corso del triennio 2018-2020», conforme al dettato normativo (www.consob.it). Similmente, la Banca d'Italia ha emanato un «Regolamento in materia di pubblicità e trasparenza dei dati e delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività» resi disponibili dall'Autorità (www.bancaditalia.it).

del mercato, all'Autorità di regolazione dei trasporti, all'Autorità per l'energia elettrica, ecc., anche la Commissione nazionale per la società e la borsa e la Banca d'Italia⁵⁷.

Anche queste ultime due autorità di regolazione hanno, dunque, provveduto ad adottare dei propri regolamenti finalizzati ad attuare tale istituto.

In particolare, la Banca d'Italia nel 2013 ha adottato un «Regolamento in materia di pubblicità e trasparenza dei dati e delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività della Banca d'Italia», che nelle premesse si contraddistingue per la dichiarazione con la quale si afferma di ispirare «la propria azione al rispetto del principio di trasparenza allo scopo di render conto del proprio operato attraverso un'efficace comunicazione nei confronti dei destinatari della propria azione amministrativa e del pubblico».

Pertanto, si dispone la pubblicazione nel sito istituzionale della Banca d'Italia: a) degli atti regolamentari e generali (art. 5); b) delle nomine dei soggetti che ricoprono le cariche degli organi (art. 6); c) delle strutture organizzative e dei dirigenti (art. 7); d) del personale comprese le retribuzioni (art. 8); e) degli incarichi di consulenza e di collaborazione (art. 9); f) dei provvedimenti amministrativi e degli accordi (art. 11); g) dei contributi a scopo di beneficenza o per iniziative d'interesse pubblico (art. 13); h) del patrimonio immobiliare, del bilancio e delle partecipazioni in società (artt. 14 e 15) ecc.

Similmente, la Consob con «Regolamento concernente gli obblighi di pubblicità e trasparenza relativi all'organizzazione e all'attività della Consob», approvato sempre nel 2013, ha previsto di strutturare la sezione del sito Internet istituzionale denominata «Autorità trasparente» in diverse aree contenenti: a) gli atti di carattere normativo ed amministrativo generale; b) l'organizzazione, con i componenti della Commissione e delle unità organizzative generali ecc.; c) i consulenti ed i collaboratori; d) il personale, i dirigenti e tutta la dotazione organica; e) bandi di concorso, di gara e contratti; f) attività e procedimenti; g) bilanci, beni immobili e gestione del patrimonio ecc.

9. *Segue. L'applicabilità dell'accesso "civico generalizzato" nei confronti delle autorità indipendenti*

La successiva introduzione della terza tipologia di accesso, cd. civico generalizzato (per opera del d.lgs. n. 97/2016), ha comportato una modifica della disciplina.

In particolare, l'ambito soggettivo di applicazione della normativa è stato ridisegnato dall'art. 2-*bis*.

⁵⁷ Così si pronuncia l'Autorità Nazionale anticorruzione (Anac) con le «Linee Guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazione contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. n. 97/2016», che tra le autorità che devono osservare gli obblighi di trasparenza dettati dal d.lgs. n. 97/2016 in continuità con il d.lgs. n. 33/2013 cita anche il Garante per la protezione dei dati personali, l'autorità nazionale anticorruzione, la Commissione di vigilanza fondi di pensione, la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Sul tema si cfr. anche la relazione dell'Anac sulle Linee Guida sopra richiamate.

Tale disposizione, infatti, da un lato ribadisce che per pubbliche amministrazioni si devono intendere tutti gli enti richiamati espressamente dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, s.m.i., e dall'altro pone sullo stesso piano di tali soggetti anche «le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione».

Si tratta di una novità apparentemente insignificante che, invece, a ben vedere potrebbe non essere priva di conseguenze.

Quest'ultima versione della norma, infatti, ha espunto dalla disciplina il passaggio che richiedeva alle autorità indipendenti di provvedere all'attuazione della normativa «secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti».

Disposizione questa che in qualche modo richiamava la precedente formulazione dell'art. 23 della l. n. 241/1990, laddove tutt'ora si prescrive che «il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti».

Tale modifica potrebbe, pertanto, indurre a credere che entrambe le nuove forme del diritto di accesso (civico e generalizzato) siano sottoposte al medesimo regime giuridico sia quando vengono esercitate nei confronti di tutte le amministrazioni pubbliche, sia quando riguardano le autorità amministrative indipendenti.

Ne deriverebbero conseguenze non condivisibili.

Basti, al riguardo, osservare, che sarebbe difficile giustificare non tanto per l'accesso civico in senso stretto, che riguarda atti che comunque si è detto dovevano essere pubblicati, ma per l'accesso generalizzato una differenza di trattamento con l'accesso *ex* l. n. 241/1990.

Mentre, infatti, per quest'ultimo accesso resta fermo il principio secondo cui l'estensione della disciplina della l. n. 241/1990 nei confronti delle autorità indipendenti deve essere coordinata con la regolamentazione specifica dei diversi settori in cui tali enti operano, per l'accesso generalizzato mancherebbe tale esigenza.

In tal senso, infatti, si potrebbe osservare che nell'art. 2-*bis* del d.lgs. n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, le autorità indipendenti sono collocate sullo stesso piano delle altre amministrazioni, senza alcun riferimento alla necessità di verificare la compatibilità dello strumento introdotto in via generale alle peculiarità dei singoli ordinamenti.

Tale conclusione, tuttavia, condurrebbe ad agevolare il trattamento dell'accesso generalizzato rispetto all'accesso tradizionale, circostanza questa singolare se si considera che mentre il secondo è richiesto da un soggetto che risulta portatore di una situazione giuridica differenziata, il primo invece è attivato da un soggetto privo di qualsiasi legittimazione⁵⁸.

⁵⁸ Di recente Cons. St., Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it, sul rapporto tra le due forme di accesso ha osservato che: «i due regimi (accesso cd. tradizionale e accesso

Ne deriverebbe, paradossalmente, che l'esercizio del diritto di accesso tradizionale alle autorità indipendenti nel settore bancario o finanziario incontrerebbe, come si è detto, l'ostacolo della prevalenza del segreto d'ufficio e/o professionale, atteso che la normativa speciale in questa materia ha capovolto il rapporto tra segretezza e trasparenza degli atti⁵⁹.

Laddove, invece, paradossalmente l'esercizio dell'accesso generalizzato nei confronti delle stesse autorità, non trovando nessun ostacolo nella disciplina di settore, consentirebbe ad un qualsiasi soggetto, privo della titolarità di una situazione giuridica, di ottenere tutti gli atti degli enti di garanzia e/o di vigilanza⁶⁰.

10. *L'ambito oggettivo di applicazione dell'accesso civico generalizzato*

In realtà, con una più attenta lettura del dato normativo, si può giungere ad una ricostruzione maggiormente coerente con il quadro delle diverse forme di accesso e dei principi che governano questo settore.

In particolare, si deve procedere ad un'interpretazione non atomistica della disposizione dell'art. 2-*bis*, dedicato all'ambito soggettivo di applicazione della normativa, ma in combinato disposto con la disciplina sull'oggetto contenuta nel successivo art. 5-*bis*.

Quest'ultimo precetto, infatti, intitolato «esclusioni e limiti all'accesso civico», esclude la figura dell'accesso civico generalizzato di cui al precedente art. 5, comma 3, nei casi di «segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o

civico generalizzato) coesistono e, senza reciproca esclusione, possono concorrere e completarsi pur con un diverso bilanciamento degli interessi in gioco: l'accesso civico tradizionale consente un accesso (più) in profondità, mentre l'accesso generalizzato è finalizzato al controllo diffuso del cittadino mediante un accesso meno profondo, sicché un'istanza rigettata per assenza dell'interesse *ex* art. 22 l. n. 241 del 1990, ben può essere, in ipotesi, accolta in sede di accesso civico generalizzato».

⁵⁹ Cfr. M. TIBERII, *Rilevanza d'interesse pubblico del dato privato riservato: personale, sensibile e sullo stato di salute*, in *Foro amm. CdS*, n. 12/2002, 3317, secondo cui nell'ambito della disciplina tradizionale dell'accesso la l. n. 241 del 1990 conteneva una "regola procedimentale giusta", la quale: «impone di sacrificare le esigenze della riservatezza non indiscriminatamente, ma soltanto quando risulti indispensabile per consentire la tutela delle situazioni giuridiche che subiscono le conseguenze, evidentemente negative, dell'uso pubblico di un dato privato... quando qualcuno introduce un dato riservato all'interno del procedimento amministrativo, non si può dire che l'informazione sia stata divulgata o resa pubblica, ma si può senz'altro affermare che il dato sia divenuto ipso-facto d'interesse pubblico. A tale conclusione si era del resto pervenuti considerando che il perimetro della sfera degli interessi contenuti nel diritto alla riservatezza (il bene oggetto della situazione giuridica) non potesse rimanere insensibile alle vicende del suo titolare, ma al contrario si modificasse (restringendosi) quando l'individuo, fuoriuscendo dall'ambito strettamente personale, interagisse con altri soggetti... La rilevata trasformazione del dato riservato in elemento che da privato si tramutava in elemento d'interesse pubblico, non comportava naturalmente l'effetto dell'estinzione totale dell'interesse alla riservatezza ad esso collegato, non traducendosi nella facoltà dell'amministrazione di disporre in modo arbitrario come se si trattasse di un dato di pubblico dominio».

⁶⁰ Sui limiti dell'accesso civico generalizzato si veda M. FILICE, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Dir. amm.*, 2019, 861 ss.

divulgazioni previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della l. n. 241 del 1990».

La disposizione citata, dunque, non consente l'accesso civico generalizzato in tre ipotesi: a) segreto di Stato; b) divieti di accesso o divulgazioni previsti dalla legge; c) casi individuati dall'art. 24 comma 1.

A ben vedere, si tratta di una disciplina sostanzialmente identica a quella prevista per l'accesso documentale cd. tradizionale *ex* l. n. 241/1990.⁶¹

Abbiamo, infatti, già evidenziato che la legge generale sul procedimento aveva escluso l'accesso agli atti coperti da segreto di Stato e dalle altre ipotesi di legge, nelle quali rientrano le norme speciali in materia bancaria e finanziaria⁶².

In ultimo, il rinvio all'art. 24, comma 1, della l. n. 241/1990 consente d'individuare ulteriori casi di esclusione dall'accesso sulla base dell'esercizio del potere regolamentare spettante alle diverse amministrazioni⁶³.

In assenza, dunque, di un esplicito coordinamento tra la disciplina generale ed i diversi ordinamenti delle autorità indipendenti, resta ferma l'applicazione delle disposizioni speciali, spettando all'interprete il compito d'individuare se nei diversi settori vi siano norme contenenti «divieti di accesso o divulgazioni previsti dalla legge», che escludano il principio della trasparenza.

⁶¹ Si cfr. in merito il parere del Garante della protezione dei dati personali del 15 dicembre 2016, n. 5860807, secondo cui: «a fronte delle indicazioni riportate nelle Linee Guida, si potrebbero generare dubbi interpretativi in ordine ai rapporti fra la disciplina sull'accesso agli atti, ai sensi della l. n. 241 del 1990, e quella dell'accesso generalizzato, ai sensi del d.lgs. n. 33/2013 e ss. mm. Ciò, anche a motivo della formulazione testuale dell'art. 5-*bis*, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013, con riferimento all'individuazione delle eccezioni all'accesso generalizzato nei casi di cui all'art. 24, comma 1, della l. n. 241/1990 ed al rinvio, in esso contenuto, al regolamento del governo di cui al comma 6, dell'art. 24 della l. n. 241 /1990 ed ai regolamenti delle singole amministrazioni».

⁶² La normativa suddetta impone, salvo alcune eccezioni, il rispetto del segreto professionale. Sul punto, ad es. è stata respinta la domanda di accesso civico generalizzato proposta da un'associazione di consumatori per documenti in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza, atteso che: «l'art. 5-*bis*, d.lgs. 33/2013, introdotto dal d.lgs. 97/2016, prevede infatti che il c.d. accesso civico generalizzato a dati e documenti detenuti dalle PP.AA. sia escluso nei casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge. Nel caso di specie il divieto di accesso è dato dall'art. 7 d.lgs. 385/1993», così Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 luglio 2017, n. 9023, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶³ In tal senso, la prima parte dell'art. 5-*bis*, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, nel prevedere che si possa negare l'esercizio dell'accesso per evitare di compromettere degli interessi pubblici fondamentali come tra l'altro «la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato», recepisce l'indicazione già contenuta nell'art. 24, comma 6, lett. b), della l. n. 241/1990, secondo cui i regolamenti possano escludere l'accesso quando arrechino pregiudizio «ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria».

11. *L'accesso tradizionale e civico generalizzato in materia bancaria e finanziaria. Conclusioni*

La coincidenza dei limiti oggettivi volti a presidiare la prevalenza del «segreto d'ufficio» in materia bancaria e finanziaria, sia nell'ambito dell'accesso cd. tradizionale sia dell'accesso «civico generalizzato», conduce ad ammettere la possibilità di accoglimento di tali istanze soltanto nelle ipotesi eccezionalmente previste dalle norme speciali (sopra richiamate).

Si tratta, pertanto, dei casi in cui le informazioni concernono delle «sanzioni penali», dei «procedimenti civili o commerciali», che investono degli enti in stato di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa, nonché di «procedimenti disciplinari e/o sanzionatori».

Appare evidente che tutte queste ipotesi sono caratterizzate dal comune denominatore dell'esigenza di un «accesso per cd. difensionale» ovvero indispensabile per l'esercizio del diritto alla difesa⁶⁴, contemplato dall'art. 24 Cost. e dall'art. 24, comma 7, della l. n. 241/1990⁶⁵.

⁶⁴ In passato con riferimento al bilanciamento tra diritto di accesso e dati riservati sensibili (sullo stato di salute o sulla vita sessuale) si è rilevata la difficoltà di risolvere il contrasto sulla base della regola del rango dei diversi diritti, così M. TIBERII, *Rilevanza d'interesse pubblico del dato privato riservato: personale, sensibile e sullo stato di salute*, cit., 3317 ss., sottolineando ad es. che: «i diritti della personalità non risultano comparabili con quelli patrimoniali, proprio come non è logicamente consentita l'equiparazione tra beni materiali appartenenti a generi diversi. Di tanto sembra in fondo consapevole lo stesso Cons. st., che avverte le difficoltà insite nel metodo della comparazione dei diritti: come dimostrato dalla perplessa enunciazione delle regole della sua applicazione in concreto (che potrebbe condurre al sovvertimento dell'astratta posizione di partenza delle posizioni giuridiche); nonché dall'aver accostato soltanto le pretese contrapposte nel giudizio risarcitorio, perché entrambe di natura patrimoniale. Se proprio si vuole usare la tecnica della comparazione dei diritti, si deve forse più correttamente limitare il confronto nell'ambito delle coppie alternative dello stesso genere: diritto di accesso/diritto alla riservatezza; diritto di difesa/diritto d'azione; ecc. Si potrebbe pertanto affermare che il diritto cui la difesa è strumentale risulta tutt'al più confrontabile con il diritto all'accertamento del quale è finalizzato l'esercizio dell'azione: ma sembra più esatto il dire che spesso questo coincide con una pretesa di segno contrario ma di consistenza uguale (in una parola incompatibile rispetto) a quella di cui si considera titolare colui che ha proposto l'azione. Se dunque in effetti il contenuto del diritto alla difesa consiste nella negazione della pretesa affermata dall'attore, un problema di superiorità o inferiorità di diritti fatti valere in giudizio non può per definizione porsi, poiché evidentemente si tratta piuttosto di affermare quale delle due parti risulti titolare del diritto controverso».

⁶⁵ Sul ruolo fondamentale del diritto alla difesa e sulla prevalenza dell'accesso strumentale al suo esercizio anche quando si oppone la tutela della riservatezza si cfr. M. TIBERII, *La rilevanza di interesse pubblico del dato privato riservato: personale, sensibile e sullo stato di salute*, cit., 3304 ss.; ID., *Brevi note in tema di accesso e privacy: posizioni giuridiche a confronto*, cit., 38 ss. Sul tema in generale tra accesso e riservatezza più di recente si cfr. D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenza di tutela dei dati personali ad un anno dell'entrata in vigore del decreto FOIA: la trasparenza delle "vite degli altri"?*, in *www.federalismi.it*, 2018, 27; B. PONTI, *Il luogo adatto dove bilanciare il posizionamento del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs il diritto alla trasparenza nella sentenza n.20/2019, Istituzioni del federalismo*, 2, 2019, 525; E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, *Dir. pubbl.*, 2017, 774.

Occorre, dunque, notare che in tale tipologia di accesso, com'è chiaro, l'istanza sottende la titolarità di una posizione giuridica che non può non essere giuridicamente rilevante ovvero differenziata e qualificata.

Sul punto si è di recente pronunciata anche l'Adunanza Plenaria, la quale ha affermato che la disciplina dettata dalla l. n. 241/1990 circoscrive la qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi in cui si riscontra: «la piena corrispondenza tra la situazione sostanziale giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone».

In altri termini, per il riconoscimento dell'accesso, si richiede la verifica della sussunzione della situazione «concreta di cui la parte domanda tutela nel giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale».

Il legislatore, inoltre, ha chiarito che la situazione legittimante l'accesso difensivo rispetto all'accesso ordinario, oltre a corrispondere all'astratto paradigma legale, deve anche essere «collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (art. 24, comma 7, della l. n. 241/1990), in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale fa da tramite»⁶⁶.

Pertanto, se tale conclusione è corretta, nella materia bancaria e finanziaria qualsiasi distinzione tra l'accesso documentale tradizionale e l'accesso civico generalizzato sembra destinata a scomparire, perché la domanda di accesso, rivolta ad acquisire un dato necessario per la difesa nell'ambito o in vista di un

⁶⁶ In merito, Cons. St., Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it, ha anche chiarito che: «la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo». Sul punto si era sin dall'origine evidenziato che il diritto all'accesso, ordinariamente, precluso dall'esigenza di salvaguardare l'interesse alla riservatezza, si riepande ove il suo esperimento risulti indispensabile per la cura e/o la difesa degli interessi giuridici del richiedente ovvero si tratta di: «una "regola procedimentale giusta" idonea a dirimere il conflitto, tra categorie d'interessi ontologicamente, contrapposti, in favore dell'interesse all'accesso, ma in ogni caso con il minimo sacrificio dell'interesse alla privacy... Il sacrificio richiesto appare comunque, e per più di una ragione, limitato o per così dire congruo, ragionevole. La prima è una ragione, di ordine istintivo, ma non per questo del tutto fallace, secondo la quale chi, agendo liberamente, decide di rivolgersi ad un'autorità pubblica per conseguire un beneficio, non può poi rifiutarsi di subire gli effetti prodotti dalla sua stessa iniziativa, quando questi si traducono in una prevedibile riduzione della sua "privacy", il cui ambito verrà ad intersecarsi con la sfera del procedimento pubblico (all'interno del quale vi sono altri interessi ed altri soggetti). In altri termini, quando qualcuno introduce un dato riservato all'interno di un procedimento pubblico, non si può certo dire che abbia divulgato l'informazione ma, si può certo affermare che il dato sia divenuto ipso-facto di "interesse pubblico"», così M. TIBERII, *Brevi note in materia di accesso e "privacy"*, cit., 43 ss.

procedimento sanzionatorio, sia questo penale o disciplinare ecc., presuppone la titolarità di una situazione giuridica soggettiva.

Ne deriva che l'amministrazione, in questo settore, non potrà prescindere dal verificare la sussistenza di tale presupposto e della necessità di acquisizione del dato nell'ambito dell'esercizio del diritto alla difesa⁶⁷, anche quando il privato presenterà una richiesta sotto le forme dell'accesso generalizzato.

Abstract

Il presente contributo, partendo dall'analisi dell'evoluzione della disciplina dell'accesso agli atti, si interroga sull'applicabilità delle forme dell'accesso civico semplice e generalizzato, previsti dal d.lgs. n. 33/2013, alle autorità amministrative indipendenti operanti nel settore dei mercati bancari e finanziari.

Traditional, civic and generalized access to the documents of Consob and the Bank of Italy

This contribution, starting from the analysis of the evolution of the discipline of access to documents, questions the applicability of the forms of simple and generalized civic access, provided by Legislative Decree no. 33/2013, to independent administrative authorities operating in the banking and financial markets.

⁶⁷ Sul punto si cfr. Cons. St., Sez. VI, 11 aprile 2017, n. 1692, in www.giustizia-amministrativa.it, laddove in materia di accesso tradizionale ai dati in possesso della Consob relativi ad un'offerta pubblica di acquisto (O.P.A.) si respinge tale domanda perché la parte non ha specificato una sua eventuale strategia difensiva, atteso che: «lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito dal parametro della stretta indispensabilità di cui all'art. 24, comma 7, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990, giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte, mossa dall'esigenza di curare o difender propri interessi giuridici, rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di curare o difendere propri interessi giuridici legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso». Ha accolto, invece, la richiesta di accesso la recente pronunzia del Cons. St., Sez. VI, 6 luglio 2016, n. 3003, in www.giustizia-amministrativa.it, riguardante l'esercizio di poteri di vigilanza della Consob relativi ad operazioni societarie sfociate in un contenzioso civile, atteso che: «le esigenze di segretezza, che costituiscono la *ratio* dell'art. 4 del T.U.F., sono recessive rispetto al diritto di accesso defensionale, nell'ipotesi in cui si chieda l'ostensione di atti confluiti in un procedimento sanzionatorio o a carattere contenzioso e la loro conoscenza sia necessaria per la difesa dell'interessato nell'ambito del procedimento stesso»; nonché Cons. St., Sez. VI, 20 giugno 2019, n. 4213, in www.giustizia-amministrativa.it. Negli stessi termini si veda Cons. St., Sez., VI, 30 luglio 2020, n. 4843, in www.giustizia-amministrativa.it.

Corte costituzionale e nuovi sviluppi sulla modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento

di Francesco Zammartino

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il differimento delle sentenze d'incostituzionalità secondo l'impostazione delineata dalla Corte costituzionale – 3. La sentenza n. 41 del 2021 quale inedita pronuncia "d'incostituzionalità sopravvenuta"? – 4. Note conclusive.

1. Premessa

E' un dato ormai acquisito che la sfaccettatura più evoluta e, al contempo, delicata riguardo alla possibile interferenza della Corte costituzionale nel campo d'intervento del legislatore si concreta in quella tecnica di modulazione temporale delle sentenze, la cui origine è stata fatta risalire alla storica decisione n. 1 del 1956 mediante la quale il giudice delle leggi, per la prima volta, fece un utilizzo c.d. "flessibile" degli strumenti processuali¹.

Dacché ne consegue, come fatto ineludibile, che la circostanza di regolare la misura temporale delle pronunce d'incostituzionalità ha in Italia un'origine pretoria, in quanto, a differenza di altre esperienze ordinamentali², la relativa

¹ In particolare, la questione di illegittimità costituzionale fu proposta con riferimento al t.u. pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931 n. 773), e in modo specifico con riferimento alla compatibilità, con l'art. 21 della Costituzione, dell'art. 113 del t.u., una norma quindi antecedente l'entrata in vigore della Carta Costituzionale. La questione riguardava la competenza della Corte a giudicare l'illegittimità costituzionale con riferimento alle leggi di epoca fascista, per cui si trovava a decidere l'oggetto del suo giudizio e di conseguenza l'estensione temporale delle sue sentenze. La Corte, come noto, decise che l'affermazione secondo cui «il nuovo istituto della "illegittimità costituzionale" si riferisce solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori, non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 8 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali». In dottrina, storico ormai è il dibattito svoltosi tra V. CRISAFULLI, C. ESPOSITO, M.S. GIANNINI, C. LAVAGNA, C. MORTATI e G. VASSALLI, *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1956, 256 ss.

² Si pensi a quegli ordinamenti in cui la possibilità di limitare l'efficacia della retroattività delle sentenze è disciplinata dalla Costituzione (Austria e Portogallo), oppure direttamente dal legislatore (Germania). Sul punto, tra gli altri, si v. F. MODUGNO, *La Corte costituzionale oggi*, in *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, a cura di G. LOMBARDI, Rimini, 1985, 28; A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere: atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta*, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 287;

legittimazione si evince, piuttosto che dal disposto della legge³, dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale⁴.

Tanto è vero che già nei primi anni di attività della Consulta affiorarono alcune preoccupazioni rispetto alle ripercussioni derivanti dalle pronunce di accoglimento; infatti, in occasione delle dichiarazioni d'incostituzionalità della legislazione anteriore alla Costituzione, il giudice costituzionale superò la dicotomia fra pronunce di accoglimento e di rigetto e verificò nuove tecniche decisorie, come per esempio le sentenze interpretative di rigetto e adeguatrici del testo⁵.

La Corte costituzionale, in altri termini, rilevò che la rigida bipartizione suindicata non riusciva a risolvere in modo adeguato i problemi di costituzionalità, poiché in determinate circostanze l'incostituzionalità doveva essere attenuata con interventi creativi (teoricamente di competenza legislativa) al fine di attenuare l'impatto demolitorio provocato dalla declaratoria d'incostituzionalità⁶.

Come è noto, la modulazione degli effetti temporali della pronuncia prevede che la legge impugnata cessa la propria efficacia, non dal giorno della sua entrata in vigore, ma da un momento successivo, per cui essa continuerà ad essere applicata sia nel giudizio a quo, sia in tutti gli altri giudizi pendenti in cui la norma dovrà essere considerata rilevante ai fini della risoluzione del caso di specie⁷.

Quanto appena accennato sembra più facilmente comprensibile se si pensa

dello stesso volume M.R. MORELLI, *Esiti del seminario*, 417; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 301 ss.; G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002; A. CERRI, *Corso di giustizia plurale*, Milano, 2012, 298 ss.; P. PASSAGLIA, *Introduzione*, in *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, a cura di P. PASSAGLIA, Roma, 2014, 9 ss.

³ *Contra*, F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 13, secondo cui «se la Corte dichiarasse pro parte l'incostituzionalità dell'art. 30, in quanto non consente neppure ad essa medesima di limitare l'applicabilità, ad opera del giudice, della legge dichiarata illegittima, il problema sarebbe avviato a soluzione ma non ancora risolto».

⁴ Sul punto si rinvia a G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano 1981.

⁵ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I primi due anni di funzionamento della Corte costituzionale italiana*, in *Il Politico*, n. 2, 1958, 213 ss.; sull'evoluzione successiva della giurisprudenza della Consulta, si cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, 29 ss.

⁶ Il vuoto legislativo che produce una sentenza di accoglimento – enfatizzato dal mancato intervento del Parlamento – in alcuni casi si è mostrato più incostituzionale della disciplina riconosciuta incompatibile con la Costituzione. L'alternativa che si crea (mantenimento della disciplina o sentenza di accoglimento secca e il buco normativo) risulta essere comunque un fallimento del sistema. È una strada che conduce a una situazione di stallo tale per cui se si può determinare un vincitore di certo non è la Costituzione.

⁷ E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2007, 161.

che la tecnica suindicata risponde in fondo a due ordini di interessi: il primo è certamente quello di limitare gli effetti delle pronunce di incostituzionalità nell'ordinamento, rendendo, pertanto, «mite»⁸ l'attività decisoria, per rispondere meglio alle esigenze concrete di ogni singolo caso sottoposto al giudizio della Corte e a scongiurare che le sentenze di incostituzionalità ribaltino situazioni in via di fatto consolidate⁹, anche se non dal punto di vista giuridico¹⁰.

Il secondo, invece, ha come priorità quella di superare la lacuna legislativa operata nel frattempo dalla sentenza di accoglimento e di arginare probabili danni che potrebbero generarsi in futuro a causa del vuoto normativo (c.d. *horror vacui*¹¹) scaturito dal venir meno dell'efficacia della disciplina dichiarata illegittima.

Tale strumento processuale in una prima fase aveva consentito principalmente alla Corte di sviluppare una considerevole predisposizione ad andare oltre il caso deciso¹², facendosi carico anche dell'impatto prodotto dalle proprie decisioni sull'intero sistema normativo.

Successivamente, e, soprattutto negli ultimi anni, il congegno in parola è stato utilizzato in modo sempre più elastico, consentendo, nonostante l'assenza di modifiche legislative sul processo e sugli strumenti giudiziari disponibili, per coprire sul piano della legalità le disgressioni del giudice costituzionale¹³, al giudice delle leggi di pronunciare “inedite” decisioni di elevata potenzialità para-legislativa i cui effetti, per le implicazioni di ordine istituzionale che possono aversene, rischiano poi di sfuggire di mano allo stesso organo che vi dà vita¹⁴.

Decisioni di accoglimento, infatti, che, non solo esprimono la precipua volontà del giudice costituzionale a far luogo a sintomatici allontanamenti dai paradigmi che guidano lo svolgimento dei giudizi di costituzionalità, facendo

⁸ T. GROPPI, *Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Pol. dir.*, 2002, 2.

⁹ C'è da dire, però, che tali casi non riguardano interessi singoli delle parti del giudizio (che potrebbero essere svantaggiate da tale modulazione), ma quelli generali; i giudici, in tal modo, conferiscono una rilevanza maggiore ai secondi rispetto ai primi. La fissazione di un termine dal quale far decorrere gli effetti di una sentenza d'incostituzionalità consente di eliminare gli effetti negativi che questa produce, contemperando diversi principi costituzionali ed individuando il «punto di minor sofferenza».

¹⁰ V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in www.rivistaaic.it, 2015, 7-8.

¹¹ R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, *passim*.

¹² Cfr. Corte costituzionale, sentenza, 5 luglio 1976, n. 179; Corte costituzionale, sentenza, 21 luglio 1981, n. 148.

¹³ A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in www.giurcost.org, fasc. 2, 2021, 391.

¹⁴ A. RUGGERI, *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in www.dirittifondamentali.it, fasc. 1/2021, 458.

così prevalere l' "anima" politica del garante della rigidità costituzionale su quella giurisdizionale¹⁵, ma manifestano in maniera particolarmente vistosa la creazione di nuove tecniche decisionali, che non annullano la disciplina scrutinata, pur dopo averne apertamente argomentato la piena ed attuale illegittimità, ma si limitano, invece, ad inserire nella stesse un termine finale di vigenza¹⁶.

La conseguenza di ciò è che "paradossalmente" norme di cui si è accertata oggi la totale incompatibilità con il dettato costituzionale potranno continuare a restare in vigore e ad essere applicate dagli organi giudiziari e amministrativi, con la (probabile) conseguenza di aggravare l'incostituzionalità preesistente.

In breve, questo contributo cercherà di sollevare alcune questioni riguardo alla tematica della modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento che ha suscitato negli ultimi tempi un rinnovato interesse da parte della dottrina (e non solo), soprattutto alla luce di recenti sentenze, si pensi alla 41 del 2021, che sembrano aver progressivamente provocato una distorsione nell'impiego della strumentazione processuale tale da mettere in discussione «il nucleo fondativo della giustizia costituzionale... (che) è la garanzia (non il pregiudizio) dell'ordinata vita dello Stato e del diritto, nel senso della costituzionalità»¹⁷.

Allo stesso tempo, però, solo analizzando «il grado di penetrazione delle sue decisioni» si può giudicare il reale coinvolgimento della Corte nella definizione dell'ordinamento complessivamente inteso. Questo anche perché la Consulta ha dovuto considerare, in queste circostanze, se vi fosse per l'ordinamento giuridico più danno dal ritardarsi dell'inattività del legislatore¹⁸, che mantiene in vigore la norma incostituzionale, rispetto alla "lacuna" che si produrrebbe in conseguenza di una decisione di annullamento¹⁹.

¹⁵ Da ultimo, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020.

¹⁶ In argomento, M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni d'incostituzionalità*, Milano 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze d'incostituzionalità. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova 1997; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000; C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, 241-261.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quad. cost.* 1989, 81.

¹⁸ Sul punto E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quad. cost.*, n. 2/1993, 263 ss.

¹⁹ Cfr. L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. CASSETTI, A.S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Torino, 2019, 1 ss.

2. *Il differimento delle sentenze d'incostituzionalità secondo l'impostazione delineata dalla Corte costituzionale*

Che il percorso della giustizia costituzionale italiana sia stato caratterizzato da un notevole grado di “politicizzazione” dei giudizi, è questione nota e da più parti analizzata²⁰. La Corte costituzionale pronunciandosi su norme, scindendole dalle disposizioni²¹, ha consentito l'utilizzo di strumenti decisori sempre più “sostanziali”, attraverso i quali si è proceduto non di rado alla trasformazione della statuizione normativa piuttosto che alla sua eliminazione o al suo mantenimento²².

Questo *trend* giurisprudenziale non ha portato, tra l'altro, alla composizione di necessità diverse, ossia quella della cancellazione tempestiva della norma incostituzionale con quella del rispetto dell'autonomia del legislatore, che è incaricato di colmare il vuoto causato dalla pronuncia nel rispetto dei principi fissati dalla stessa Consulta²³.

Si è parlato, in questi casi, grazie anche ad un notevole lavoro di sistematizzazione da parte della dottrina, di sentenze di accoglimento parziale, sentenze additive e additive di principio²⁴, sentenze sostitutive²⁵, e, per certi versi, sentenze monito, che rientrerebbero tutte nella più grande famiglia delle sentenze manipolative²⁶.

Può risultare utile ricordare che, al principio, la Corte adoperò, in specifici casi, l'istituto della doppia pronuncia, che si basava su decisioni formalmente di infondatezza o di inammissibilità, ma dal dispositivo monitorio²⁷.

²⁰ Recentemente, e limitandoci a opere monografiche, R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bologna, 2017; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018, 63.

²¹ *Ex plurimis*, F. MODUGNO, *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1989.

²² La limitazione delle conseguenze retroattive della sentenza di incostituzionalità si definisce sostanzialmente in una particolare tipologia decisoria, nota come illegittimità costituzionale sopravvenuta, che differisce nel tempo gli effetti delle decisioni di accoglimento, limitandoli soltanto ad alcuni rapporti pendenti.

²³ V. CRISAFULLI *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, n. 10/1976, 1694 ss.

²⁴ C. LAVAGNA, *Sulle sentenze “additive” della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1969, V, 152.

²⁵ Si rinvia ad autorevolissima dottrina, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 1696; F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, cit., 19 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, *ivi*, 103 ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale* (ottobre 1981-luglio 1985), in *Scritti sulla giustizia*, cit., 299 ss.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE- E CHELI, S. GRASSI, (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna, 1982, 109.

²⁷ Sul punto cfr. L. PALADIN, *Considerazioni introduttive*, in *Effetti Temporalmente delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 8.

Il giudice delle leggi mediante tali sentenze invitava il legislatore a disciplinare una specifica materia per colmare lacune o rimuovere le contraddizioni della disciplina in vigore con le norme costituzionali spingendosi, in taluni casi, a determinare anche i principi normativi e i criteri che avrebbero dovuti guidare il legislatore nel porre mano alle riforme necessarie²⁸.

Solo successivamente il potere di graduare gli effetti della sentenza nel tempo ha costituito una tecnica decisoria di cui la Corte ha fatto largamente uso, soprattutto quando ciò sia stato richiesto dalla natura del vizio che inficiava la legge, per evitare situazioni paradossali (come per esempio per prevenire ipotetici aggravati per la spesa pubblica)²⁹.

A tal proposito, vengono in rilievo le tipologie delle sentenze di “illegittimità sopravvenuta”, di “illegittimità accertata, ma non dichiarata”, di “rigetto con riserva di accoglimento”.

Nonostante non siano mancate critiche da un'autorevole dottrina³⁰ che ha contestato la stessa spettanza alla Corte di siffatto potere, rimarcandone la contrarietà espressa dapprima dall'Assemblea costituente³¹ e dal Parlamento, atteso che tale modulazione si porrebbe apertamente in contrasto con il diritto positivo e in particolar modo con le disposizioni contenute nell'art. 136 Cost. e nell'art. 30 della legge n. 87/1953³², non sembra affatto peregrino affermare che fin quando gli effetti di siffatte decisioni sono rimasti nell'ambito di quel perimetro normativo che consente di limitare la retroattività della dichiarazione di incostituzionalità, “modulandone” gli effetti nel tempo in *praeteritum*, essi non hanno procurato particolari conseguenze sul giudizio a quo e sugli altri giudizi pendenti³³, essendo state fornite indicazioni precise riguardo all'applicabilità o meno della legge³⁴.

Nella scia di quanto appena detto, vanno ricondotte quelle decisioni che già

²⁸ Sul tema, recentemente si veda, *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura di C. PADULA, Napoli, p. 202 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce delle recenti tendenze giurisprudenziali*, in www.federalismi.it, 2021, 89-94.

²⁹ Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, a cura di G. D'AMICO, F. BIONDI, Napoli, 2018, 35 ss.

³⁰ Ex plurimis, M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 357; F. SORRENTINO, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 111. contra, G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, cit., 81

³¹ Sul punto v. D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto vivente*, in www.giurcost.org, n.1/2016, 194 ss.

³² A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit.

³³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza, 25 febbraio 1988, n. 275.

³⁴ Ex plurimis, M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, cit., 357; contra, G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, cit., 81.

verso la fine degli anni '80, quando la tenuta dei nostri conti pubblici mostrò i primi segni concreti di cedimento³⁵, si erano preoccupate di posticipare nel futuro le decisioni di accoglimento, così da attenuare gli effetti più incisivi sul bilancio dello Stato³⁶.

La Corte, infatti, denotò una maggiore sensibilità alle necessità di equilibrio finanziario servendosi sia di strumenti decisionali già adoperati precedentemente, quali le sentenze di illegittimità sopravvenuta per sospendere gli effetti *ex tunc* delle sentenze e contenere la spesa, sia di un nuovo tipo di sentenze, quale quelle additive di principio. Quest'ultime, pur dichiarando l'incostituzionalità di una previsione, non erano autoapplicative giacché si limitavano a formulare delle regole direttive invitando il legislatore a individuare le modalità mediante le quali superare l'incostituzionalità medesima e attribuendo agli organi giudicanti ordinari il compito di individuare la regola del caso concreto in base all'orientamento di principio formulato.

In altri casi, lo scopo del giudice delle leggi è stato quello di fermare «alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà» e consentire al legislatore di «provvedere tempestivamente al fine di rispettare il vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio, anche in senso dinamico e gli obblighi comunitari e internazionali connessi».³⁷

Vi è di più. Nella sentenza n. 13 del 2004 la Consulta, attraverso il ruolo affidatole quale custode della Costituzione nella sua integrità, impone di evitare che «la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, effetti ancor più incompatibili con la Costituzione di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa». Per evitare che ciò accada, «è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro»³⁸.

Come può facilmente notarsi, la questione della “utilizzabilità” degli effetti delle sentenze di accoglimento diviene quindi nelle sentenze appena accennate «un problema di bilanciamento e dunque di ragionevolezza; un problema, insomma, di diritto costituzionale sostanziale riguardante il merito della decisione della Corte (...) che impone all'interprete giudizi di prevalenza»³⁹.

³⁵ Corte costituzionale, sentenza, 8 marzo 1988, n. 266; Corte costituzionale, sentenza, 16 febbraio 1989, n. 50; Corte costituzionale, sentenza, 18 marzo 1991, n. 124; Corte costituzionale, sentenza, 15 ottobre 1991; Corte costituzionale, sentenza, 17 marzo 1992, n. 146.

³⁶ A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali*, 53 ss.

³⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenza, 10 gennaio 1966, n. 1; Corte costituzionale, sentenza, 17 ottobre 1991, n. 384; Corte costituzionale, sentenza, 9 giugno 2008, n. 213; Corte costituzionale, sentenza, 21 ottobre 2013, n. 250; Corte costituzionale, sentenza, 26 febbraio 2014, n. 40.

³⁸ Punto 7 del *Cons. in dir.*

³⁹ Così, C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit. 39 ss.

Il giudice delle leggi aveva così specificato sia tecniche che gli consentissero di graduare l'effetto retroattivo delle proprie decisioni, per prevenire che qualche sentenza se operativa nei riguardi di tutti i rapporti ancora in pendenza potessero in qualche modo compromettere il ripristino dell'ordine costituzionale violato, sia tecniche che, dirigendo i propri effetti per la maggior parte *ex nunc*, ritardassero gli effetti della pronuncia di incostituzionalità, al fine di consentire al legislatore di disciplinare la materia, secondo le proprie tempistiche politiche e secondo le proprie opzioni discrezionali.⁴⁰

La questione, tuttavia, ha cominciato a farsi particolarmente complessa (e delicata) riguardo ad una circostanza, quella della nota sentenza n. 10 del 2015⁴¹, nella quale il giudice delle leggi è andato oltre il dato normativo⁴², al punto di manipolare la regola della retroattività che si evince attraverso una logica interpretazione dell'art. 136 Cost., comma 1, in combinato disposto con la l. costituzionale n. 1 del 1948 e con l'art. 30 della legge n. 87 del 1953, spingendosi a suggerire perfino il contenuto delle riforme da adottare in via legislativa⁴³.

Per ragioni di completezza è opportuno ripercorrere brevemente il *thema decidendi* della decisione.

⁴⁰ Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 157 ss.

⁴¹ *Ex plurimis*, A. ANZON DEMMING, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in www.osservatorioaic.it, 2015; L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 718 ss.; A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2015, 1 ss. R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. Pubbl.*, 2015; S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 359-400; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015; A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2015, 1 ss.; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015; R. PINARDI, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, in *Quad. cost.*, 2015; M. POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in www.osservatorioaic.it, n. 4/2015 R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 315-357.

⁴² R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale": Una Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno della sua scomparsa*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2017, 19.

⁴³ M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993.

La Corte, nel sancire l'incostituzionalità dell'art. 81, commi 16, 17 e 18 del decreto legge n. 112/2008 per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., che aveva introdotto nell'ordinamento italiano un prelievo fiscale addizionale che, in sostanza, gravando sulla totalità del reddito d'impresa di particolari operatori economici era riconducibile a un aumento dell'imposta IRES (c.d. "Robin Hood Tax"), ha stabilito che gli effetti delle norme dichiarati incostituzionali dovessero interrompersi solo dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza⁴⁴, al fine di «contemperare tutti i principi e i diritti in gioco»⁴⁵.

Ciò che più interessa in questa sede, è che la decisione in esame rientrerebbe, a una prima analisi, nella tipologia delle sentenze di incostituzionalità differita, poiché la Corte, pur riconoscendo l'illegittimità originaria della normativa, decide che la relativa efficacia inizi a decorrere in un momento successivo, in nome di esigenze di bilanciamento o di altri diritti fondamentali⁴⁶.

Del resto, la Consulta, mediante la sua funzione onnicomprensiva di bilanciamento dei valori fondamentali che è il principale motore di legittimazione di scelte decisionali innovative⁴⁷, ha rivendicato, in questo specifico caso, il proprio ruolo di garante della Carta costituzionale nella sua interezza, traendo da questo fattore la funzione di «evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge determini [...] effetti ancor più incompatibili con la Costituzione»⁴⁸.

⁴⁴ In deroga al principio generale di retroattività delle sentenze di accoglimento, discendente dal combinato disposto degli artt. 136 Cost. e 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

⁴⁵ Punto 8 del considerato in diritto.

⁴⁶ In tal senso, A. STEFANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, fasc. 3/2018, 189.

⁴⁷ Cfr. G. SERGES, *Il "dominio" degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Dir. soc.*, n. 4/2016, 603 ss.

⁴⁸ Il riferimento è, nel testo della sentenza n. 10, alle ipotesi in cui la caducazione della norma incostituzionale, operando *ex tunc* sacrificerebbe «irrimediabilmente» altri interessi meritevoli di tutela, tra cui la sanità dei conti pubblici. In dottrina, ex plurimis, L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in www.forumcostituzionale.it, 23 aprile 2015; A. ANZON DEMMING, *La Corte "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 2015, 67 ss.; P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2015, 389 ss.; F. COCOZZA, *Un salomonico equilibrio tra "giusta misura" e "decisione" nella sentenza n.10/2015. La Corte costituzionale "vestale" dei conti pubblici tra i guasti del funambolismo finanziario ed il miraggio di politiche proconcorrenziali*, in www.forumcostituzionale.it, 26 aprile 2016; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2015; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in www.federalismi.it, n. 4/2015, 1 ss.; E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, ivi, 79 ss.; I. MASSA, *La sentenza della Corte costituzionale n.10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzio-*

Senonché, il fatto che per il differimento nel tempo degli effetti della propria decisione di accoglimento il giudice delle leggi si sia servito di dispositivi formalmente identici a quelli utilizzati nelle “normali” ipotesi di incostituzionalità sopravvenuta⁴⁹, induce a ritenere che ciò abbia determinato un’ evidente distorsione nell’impiego della strumentazione processuale, giacché il caso in cui una variazione delle situazioni, di fatto⁵⁰ o di diritto renda incostituzionale una norma che fino a quel momento non lo era (incostituzionalità sopravvenuta), è diverso da quello in cui un atto sia, invece, illegittimo *ab origine* e, ciò malgrado, si ritenga preferibile prolungarne l’applicabilità ai rapporti sorti prima di una certa data (incostituzionalità differita)⁵¹.

Si è prodotta, in sostanza, un’espresa manipolazione degli effetti temporali dell’accoglimento, in quanto, essendo stata ritenuta la normativa incostituzionale sin dal momento della sua adozione, ci si è preoccupati di effettuare espressamente un giudizio “profetico” sulle conseguenze che sarebbero derivate dalla tradizionale caducazione della disposizione censurata⁵², in considerazione dell’attitudine delle pronunce di accoglimento della Corte a produrre effetti retroattivi⁵³.

nale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2015, 1 ss.; S. PANIZZA, *L’argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015; A. PUGIOTTO, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n.10/2015*, *ivi*, 90 ss.; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n.10 del 2015)*, in www.forumcostituzionale.it, 9 aprile 2015; S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in www.federalismi.it, 27 gennaio 2021, 107.

⁴⁹ Cfr. S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, *Effetti temporali*, cit., 273 ss.

⁵⁰ Sulla rilevanza dei fatti nei giudizi di legittimità costituzionale si rinvia ai contributi della più autorevole dottrina. Su tutti A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. Cost.*, 1978, 1335 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, 1045 ss.; M. AINIS, *La motivazione in fatto della sentenza costituzionale*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Torino, 1994, 1972 ss.

⁵¹ M. D’AMICO, *La Corte e l’applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2015, 3 ss.

⁵² Secondo la Corte si sarebbe rischiato di generare un impatto macroeconomico non indifferente causato dalla restituzione dei versamenti tributari correlati alla censura d incostituzionalità e, dunque, uno disavanzo nel bilancio dello Stato, tale da rendere fondamentale una manovra finanziaria aggiuntiva al fine soddisfare i parametri derivanti dagli impegni assunti a livello europeo.

⁵³ Pur affrontando una tematica del tutto diversa, alcune similitudini paiono ravvisabili anche nella sentenza n. 1 del 2014 nella quale la Corte, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale di alcune parti della normativa elettorale, si era premurata di chiarire che gli effetti della pronuncia si sarebbero prodotti solo a partire dalle successive elezioni politiche poiché l’elezione dei parlamentari costituisce un rapporto ormai esaurito dal momento della proclamazione degli eletti. Sul punto, *ex multis*, S. LIETO- P. PASQUINO, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n.1 del 2014*,

In conclusione, e tralasciando ogni giudizio di merito sulla decisione de qua, dalla quale tuttavia si rilevano alcune perplessità in riferimento alla scelta di sacrificare, nell'ambito di un giudizio di bilanciamento, il diritto del cittadino a favore del bisogno di tutela degli equilibri di bilancio⁵⁴, è da ritenersi che la Corte costituzionale, nel caso di specie, abbia operato un vero e proprio intervento normativo «attraverso l'introduzione di ipotesi di deroga alla regola generale sugli effetti temporali delle sentenze di accoglimento»⁵⁵, se è vero, come sostiene la Consulta, che «è possibile che vi sia l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti»⁵⁶.

In questa prospettiva, non pare infondata la critica di autorevole dottrina che ritiene che il giudice costituzionale, graduando gli effetti retroattivi delle proprie pronunce per ottenere un risparmio di spesa, si carichi «di un compito che non [gli] compete», finendo, altresì, per esercitare un sostanziale «potere costituente»⁵⁷.

Del resto, la tecnica della modulazione dell'efficacia nel tempo dovrebbe adoperarsi solo allorché ricorra l'urgenza di tutelare principi costituzionali in chiave di valorizzazione dei diritti individuali, al fine di affermare «il primato della persona sullo Stato»⁵⁸.

Il giudice delle leggi dovrebbe sempre essere in grado di controllare gli effetti temporali delle proprie decisioni, determinando così concretamente il modo con cui le proprie pronunce incidono sulla prescrizione normativa, in modo tale da regolare l'incidenza delle decisioni costituzionali sull'attività del potere politico.

Ma le vicende che si sono succedute dopo la sentenza n. 10 del 2015, soprattutto nell'ultimo triennio, dimostrano che la Corte non ha mancato di adottare con frequenza progressiva ulteriori decisioni temporalmente manipolative, così derogando alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento. Si pensi alle sentenze nn. 194 del 2018, 246 del 2019⁵⁹ e, soprattutto, 152 del 2020, nella quale il giudice delle leggi, nell'ambito del giudizio in via incidentale e in tema di pre-

in www.forumcostituzionale.it, 26 marzo 2014; G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2014; S. STAIANO, *La vicenda sul giudizio della legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2014.

⁵⁴ Cfr. I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in www.forumcostituzionale.it, Rassegna, n. 5/2015, 1 ss.

⁵⁵ S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, cit., 67.

⁵⁶ Punto n. 7 del *Cons. in dir.*

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, cit., 81.

⁵⁸ Così, G. DOSSETTI, prima sottocommissione costituente del 9 settembre 1946.

⁵⁹ Per un commento alla sentenza, v. S. LA PORTA, *Incrocio di materie, modulazione temporale degli effetti della sentenza e continuità dell'azione amministrativa: le vie tortuose per un esito prevedibile*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2019, 3072 ss.

videnza e assistenza, prestazioni assistenziali connesse all'invalidità, ha ritenuto, secondo una modalità sui generis e decisamente (più) innovativa, di “fare leva” sulla dilatazione temporale degli effetti della declaratoria di incostituzionalità⁶⁰, laddove, invece, il rispetto della regola della retroattività avrebbe tutelato quel minimo vitale rispetto alle esigenze di bilancio.

3. *La sentenza n. 41 del 2021 quale inedita pronuncia “d’incostituzionalità sopravvenuta”?*

L’attitudine della Corte costituzionale alla ricerca di nuove tecniche decisionali non riconducibili alle tipologie di pronunce interpretative enucleate nell’*exkursus* storico della giustizia costituzionale e ad aggirare sempre più le regole del processo costituzionale tenendo conto di esigenze concrete che ritiene di dover considerare in sede di bilanciamento di principi, pertanto ergendosi a un “autentico potere costituente permanente”⁶¹, è decisamente confermata dalla recente sentenza n. 41 del 2021.

In quest’ultima circostanza, in effetti, non pare azzardato ritenere che il giudice delle leggi si sia spinto oltre il “guado”, poiché non si è “preoccupato” solo di escludere o tanto meno limitare l’effetto “retroattivo” della dichiarazione di incostituzionalità, bensì di rinviare la caducazione delle norme incostituzionali ad una certa data futura⁶².

Una decisione che potremmo senz’altro dire unica nella sua specie, il cui effetto additivo (di norma temporaneo) è differito secondo un termine totalmente individuato dal giudice costituzionale.

A differenza della pronuncia n. 10 che è stata dotata di un’efficacia esclusivamente pro futuro, la decisione n. 41, infatti, consente la sopravvivenza degli effetti già prodotti in passato dalla norma incostituzionale lasciando che i giudici onorari possano continuare le proprie funzioni collegiali, “anche dopo la sentenza di incostituzionalità a svolgere ordinariamente, in base alla norma incostituzionale”⁶³.

Così facendo, il giudice delle leggi ha inteso disciplinare gli effetti della sua decisione fino a raggiungere i limiti estremi delle possibilità ermeneutiche delle disposizioni volte a regolarne i poteri.

⁶⁰ V. CIACCO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, in www.osservatorioaic.it, n. 4/2020.

⁶¹ In tal senso, A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.

⁶² V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?* In www.osservatorioaic.it, fasc. 2/2021, 134.

⁶³ Punto n. 7 del *Cons. in dir.*

Le vicende dalle quali origina la pronuncia della Corte costituzionale sono, in estrema sintesi, le seguenti. La Corte di Cassazione aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale degli articoli da 62 a 72 del d. l. n. 69 del 2013, come convertito, con modifiche, nella l. n. 98 dello stesso anno, nella parte in cui tale normativa prevede la presenza di giudici onorari nei collegi di Corte d'appello anche in mancanza di ipotesi di sostituzione d'urgenza in via eccezionale, al fine di fronteggiare l'arretrato in materia civile.

Il giudice delle leggi, nell'esaminare nel merito la conformità delle disposizioni impugnate all'art. 106 Cost., mediante peraltro convincenti motivazioni, ne ha accertata la piena incompatibilità con il dettato costituzionale, anche alla luce di un coerente percorso argomentativo secondo cui l'istituzione di una tipologia di magistrato onorario, cui vengono attribuite funzioni di giudici specificatamente collegiali e di secondo grado, viola il principio costituzionale in base al quale la nomina di giudici onorari può avvenire solo per le funzioni attribuite a giudici singoli⁶⁴.

Tutto faceva presagire, dunque, che l'illegittimità delle norme censurate avrebbe comportato una dichiarazione di illegittimità costituzionale "tout court" della disciplina dei giudici ausiliari d'appello.

Tuttavia, la Corte, attraverso un'operazione di bilanciamento tra l'interesse costituzionalmente rilevante alla piena applicazione della regola della retroattività degli effetti dell'accoglimento della questione e l'interesse alla funzionalità del sistema dell'amministrazione della giustizia, parimenti dotato di rilievo costituzionale e suscettibile di essere pregiudicato dagli effetti retroattivi dell'incostituzionalità, non solo non ha annullato la disciplina, ma ha deciso di rinviare la caducazione delle norme contestate ad una data futura⁶⁵, in modo da evitare così gli effetti pregiudizievoli che dalla piena retroattività dell'incostituzionalità sarebbero potuti ricadere sul funzionamento del sistema delle corti di appello, e, in un'ottica più ampia, sull'amministrazione generale della giustizia.

Dice la Corte "l'interazione dei valori in gioco evidenzia, nell'immediato, il già richiamato pregiudizio all'amministrazione della giustizia e quindi alla tutela giurisdizionale, presidio di garanzia di ogni diritto fondamentale, essendo alla Corte ben presente l'esigenza di «evitare carenze nell'organizzazione giudiziaria» (sentenza n. 156 del 1963)"⁶⁶

La sentenza de qua si qualifica per una efficacia meramente *ex nunc* della declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni poste all'esame della Corte costituzionale, alla quale, comunque, «non consegue il dispositivo "tipico"»

⁶⁴ Cfr. A. ANTONUZZO, *La cedevolezza degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento in una pronuncia "caldeidoscopica" della Corte costituzionale*, in www.diritticomparati.it, 29 aprile 2021, 2.

⁶⁵ V. ONIDA, *ivi*, 134.

⁶⁶ Punto n. 23 del Cons. *in dir.*

dell'efficacia *ex nunc* della pronuncia di accoglimento, dal momento che l'illegittimità costituzionale è destinata a rimanere silente per quattro anni»⁶⁷.

Ora, a parte il pregiudizio che potrebbe arrecarsi proprio a danno di quella stessa erogazione del “servizio giustizia” che si intende, al contrario, proteggere ad opera di una decisione adottata da un organo giurisdizionale la cui composizione risulta «del tutto fuori sistema» e «in radicale contrasto» con il dettato costituzionale⁶⁸, c'è da aggiungere che la Corte mediante un'operazione ermeneutica complessa e delicata, giunge ad una “peculiare sentenza additiva”⁶⁹ che non tende – come di solito – a sanare, in via tempestiva, il *vulnus* contestualmente accertato, quanto anziché a renderlo “sopportabile”, limitandone la durata nel tempo⁷⁰.

Di fronte ad un progressivo perfezionamento dell'attività del legislatore, la Consulta sembra sperimentare in questa circostanza una pronuncia definita di “incostituzionalità progressiva”, attraverso la quale cerca di bilanciare discrezionalmente il divario tra prescrizione legislativa e norma costituzionale – che in precedenza poteva invece ritenersi tollerabile – in forza di un ipotetico cambiamento dello stato di fatto e di diritto.

In questa prospettiva, però, la Corte sembra rompere definitivamente il nesso che rende l'incidente di legittimità costituzionale una fase pregiudiziale, finalizzata a decidere la controversia da cui esso ha tratto origine.

Inoltre, la sentenza de qua, a differenza della sentenza Robin Hood Tax del 2015, non si limita a sacrificare gli effetti retroattivi dell'incostituzionalità, ma subordina la “sopravvivenza” della normativa impugnata a un termine futuro (4 anni) stabilito dalla stessa Corte, in via del tutto discrezionale, con la conseguenza di favorire la vigenza temporanea di una disposizione di fonte primaria in contrasto con il Testo costituzionale e, tuttavia, pienamente applicabile e produttiva di effetti giuridici, appunto fino al 31 ottobre del 2025.

Si può ritenere a questo punto che la sentenza in commento costituisca in tutto e per tutto un unicum, in quanto presenta un impianto temporalmente manipolativo; in effetti, il giudice costituzionale, nelle circostanze di graduazione temporale passate, da una parte ha chiaramente indicato in una data successiva all'entrata in vigore della norma, “ma sempre anteriore alla pubblicazione della pronuncia costituzionale”⁷¹, dall'altra, ha salvaguardato gli effetti già prodot-

⁶⁷ Così N. FIANO, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, n. 1/2021, 5.

⁶⁸ Punto n. 3 del *Cons. in dir.*

⁶⁹ Nella quale l'elemento di novità concerne il *quid* dell'addizione, ossia, l'innesto di un termine finale di efficacia della normativa impugnata.

⁷⁰ In tal senso, R. PINARDI, *Costituzionalità a termine di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (nota a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in www.giurcost.org, 6 aprile 2021, 289.

⁷¹ Corte costituzionale, sentenza, 13 maggio 1993, n. 234, punto n. 14 del *Cons. in dir.*

ti dalla norma incostituzionale e, da un altro lato ancora, ha consentito una tollerabilità provvisoria di discipline incostituzionali per organizzare al meglio il (reale) passaggio ad un regime conforme a Costituzione⁷².

Si è molto lontani dalle ipotesi riguardanti la determinazione degli effetti della sentenza *ex nunc* mediante la quale il giudice delle leggi decide comunque di non pronunciare una declaratoria d'incostituzionalità, invocando quale limite invalicabile al proprio intervento la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore.

Una tecnica decisoria che potrebbe dar luogo a un "inquietante" precedente come è appunto quello di adottare decisioni nelle quali è fissato un intervallo temporale tra la emissione del verdetto e la produzione dell'effetto ablativo del tutto irragionevole⁷³.

Una tendenza, quella intrapresa dalla Corte costituzionale, che suscita numerose perplessità sulla futura guida evolutiva della funzione e delle caratteristiche essenziali del processo costituzionale, soprattutto tenuto conto, come già in tempi non sospetti autorevole dottrina aveva notato, dello stretto rapporto che intercorre tra il livello di discrezionalità adottato dalla Consulta nel governo dei propri giudizi e la natura più o meno giurisdizionale del processo costituzionale⁷⁴.

4. *Note conclusive*

Dal breve esame delle pronunce analizzate, sembra possibile sottolineare che il modello della graduazione degli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale viva attualmente un momento, che, verosimilmente, consente di svolgere nuove considerazioni.

I dispositivi di tali decisioni, che dispongono (pur con forme diverse) una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme censurate, sembrano, infatti, affermare la volontà da parte della Corte costituzionale di non adoperare tecniche decisorie, quale l'utilizzo di sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata o di monito che, per essere realmente efficaci, implicano una faticosa collaborazione da parte del legislatore⁷⁵.

In tali ipotesi, infatti, la motivazione risulta comunque interamente volta a dimostrare le contrarietà a Costituzione delle norme impugnate, tuttavia si

⁷² Cfr. V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, cit., 134.

⁷³ A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta*, cit., 3.

⁷⁴ A. PIZZORUSSO, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 421.

⁷⁵ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce delle recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 94.

opera un bilanciamento tra i diversi principi costituzionali in questione, per cui la censura di incostituzionalità viene soltanto rinviata *ex post* al fine di agevolare la decisione politica.

In queste eventualità, dunque, il giudice costituzionale, rilevata una situazione in cui i presupposti normativi possono dirsi superati, decide comunque di non rimuoverli per rispettare le scelte discrezionali del legislatore e garantire in questo modo una funzionalità minima dell'ordinamento di fronte alla presumibile inerzia parlamentare.

Nelle pagine precedenti si è cercato di evidenziare, seppur sinteticamente, come la Corte costituzionale abbia introdotto ormai da anni un'eccezione alla normale retroattività delle sentenze di accoglimento che si spiegherebbe in ordine al fatto che un' "ordinaria" efficacia retroattiva dell'accoglimento, nel garantire specifici principi costituzionali, finirebbe, tuttavia, per lederne altri.

Ma si è dell'idea, che mentre le decisioni precedenti alla sentenza n. 41 del 2021 abbiano cercato, alcune di più, e altre di meno, di "graduare" gli effetti in *praeteritum* della pronuncia di incostituzionalità, evitando che quest'ultimi potessero investire rapporti già costituiti in passato, nella sentenza de qua si consente che giudici onorari possano continuare, anche dopo la sentenza di incostituzionalità, a svolgere ordinariamente, in base alla norma incostituzionale, funzioni collegiali, in violazione del preciso divieto costituzionale.

In sostanza, la Corte riscrive la legge che dovrebbe stabilirne invece la condizione e il limite, e ciononostante sembra non suscitare nessun particolare clamore.

Peraltro che quanto evidenziato potrebbe causare, altresì, possibili attriti tra la Corte costituzionale e le magistrature ordinarie e non, dacché se la Consulta presuppone di frazionare gli effetti temporali di norme distinte dalle disposizioni, nulla vieterebbe alle magistrature di merito di riferirsi alle disposizioni, applicandole a prescindere se esse siano o no conformi alla decisione di accoglimento.

Ecco che dinnanzi a un simile scenario futuro particolarmente complesso, non sembra affatto peregrino augurarsi interventi riformatori, di rango costituzionale o ordinario, diretti a circoscrivere il fenomeno della graduazione degli effetti temporali⁷⁶, in modo che venga potenziato non solo il grado di certezza e prevedibilità della giustizia costituzionale, ma si faccia chiarezza anche sui poteri di gestione da parte della Corte e sugli effetti temporali delle sue pronunce (si potrebbe pensare a una modifica dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953 che ormai sembra in evidente contrasto con le riscritture materiali della giurisprudenza costituzionale vivente), nonché sulle tecniche e tipologie decisorie adoperate⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. E. FURNO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale: un'occasione mancata dalla riforma c.d. Renzi-Boschi?*, in *La riforma costituzionale Renzi-Boschi. Quali scenari?*, a cura di A. LUCARELLI, F. ZAMMARTINO, Torino, 2016, 178 ss.

⁷⁷ Il nostro sistema normativo, come è noto, non prevede determinate modalità di

In altri termini, positivizzare le circostanze in cui possa risultare possibile alla Corte costituzionale derogare, eccezionalmente, l'incidentalità del sistema⁷⁸.

Se è vero, come lo è, che una pronuncia efficace solo *ex nunc* è per definizione priva di influenza su un procedimento, come quello a quo, incentrato su rapporti già pendenti, introdurre di fatto un'irretroattività degli effetti dell'annullamento mette a repentaglio quel baluardo del diritto processuale costituzionale offerto dalla incidentalità dei giudizi di legittimità, ex art. 1 legge cost. n. 1/1948.

Disciplinare, *ex converso*, definitivamente quei margini di poteri di valutazione, *lato sensu*, politica, che incrinano ormai seriamente la neutralità della Corte nell'esercizio del controllo di legittimità costituzionale sulle leggi e sugli atti aventi valore di legge, significherebbe, da una parte, evitare il rischio che il contenimento degli effetti delle sue decisioni, qualora si traducesse in un'irretroattività assoluta, spezzi inevitabilmente il legame genetico tra il giudizio principale e quello costituzionale, minando le fondamenta del giudizio incidentale, dall'altra, monitorare concretamente il grado di "propagazione delle sentenze" in modo da definire il reale coinvolgimento della Corte costituzionale nella definizione dell'ordinamento complessivamente inteso.

In uno scenario in cui tendono a inaridirsi i tradizionali canali di raccordo fra governati e governanti, in cui la preservazione del principio di separazione dei poteri e l'osservanza del principio di supremazia della democrazia rappresentativa sono messi a dura prova, appare necessario almeno restituire al giudice costituzionale la sua funzione naturale che non è tanto quello di occupare i vuoti lasciati liberi dalla politica, quanto quello di garantire equilibrio tra i poteri dello stato.

Una manipolazione degli effetti nel tempo in senso stretto non può non essere collegata a una forte interlocuzione con l'organo detentore del potere legislativo, altrimenti si consoliderà definitivamente l'attuale predisposizione della Consulta a farsi carico delle possibili ricadute politiche delle sentenze, acquistando così la patente di insindacabile decisore politico.

regolamentazione tra Corte costituzionale e potere politico e non attribuisce alla Corte costituzionale il potere di vincolare il Parlamento a legiferare, come invece è riconosciuto al *Bundesverfassungsgericht* tedesco.

⁷⁸ Sulla questione si v. M. D' AMICO, Audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato "Quali modalità per l'esercizio delle prerogative parlamentari nell'emergenza attuale?", in www.senato.it, 2020.

Abstract

Il presente contributo trae spunto dal vivace dibattito in dottrina sulla limitazione temporale degli effetti della Corte costituzionale alla luce della recente sentenza n.41 del 2021.

Come è noto, la modulazione degli effetti temporali della pronuncia prevede che la legge impugnata cessa la propria efficacia, non dal giorno della sua entrata in vigore, ma da un momento successivo, per cui essa continuerà ad essere applicata sia nel giudizio a quo, sia in tutti gli altri giudizi pendenti in cui la norma dovrà essere considerata rilevante ai fini della risoluzione del caso di specie. Ma se tale strumento processuale in una prima fase aveva consentito principalmente alla Corte di sviluppare una considerevole predisposizione ad andare oltre il caso deciso, negli ultimi anni il congegno in parola è stato utilizzato in modo sempre più elastico, consentendo al giudice delle leggi di pronunciare “inedite” decisioni di elevata potenzialità para-legislativa i cui effetti, per le implicazioni di ordine istituzionale che possono aversene, rischiano poi di sfuggire di mano allo stesso organo che vi dà vita.

Constitutional Court and new developments on the temporal modulation of the effects of annulment judgments

This contribution is inspired by the lively debate in doctrine on the temporal limitation of the effects of the Constitutional Court in the light of the recent sentence no. 41 of 2021.

As is known, the modulation of the temporal effects of the ruling provides that the contested law ceases to be effective, not from the day of its entry into force, but from a subsequent moment, so that it will continue to be applied both in the judgment a quo and in all other pending judgments in which the rule must be considered relevant for the resolution of the case in question. But if this procedural instrument in a first phase had mainly allowed the Court to develop a considerable predisposition to go beyond the decided case, in recent years the device in question has been used in an increasingly flexible way, allowing the judge of the laws to pronounce “unprecedented” decisions of high para-legislative potential whose effects, due to the implications of an institutional nature that may arise, then risk slipping away from the very body that gives them life.

Sull'appello al Consiglio di Stato in punto di giurisdizione da parte di colui che l'ha adita, tra Costituzione, Codice del processo amministrativo e orientamenti giurisprudenziali: un inquadramento sistematico

di Jacopo Vavalli

SOMMARIO: 1. Il diritto giurisprudenziale e la questione di giurisdizione. – 2. La questione di giurisdizione nel processo amministrativo di primo grado: natura e sua collocazione nell'*ordo quaestionum*. – 3. I limiti oggettivi e soggettivi alla proposizione del difetto di giurisdizione nel giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato, tra soccombenza e giudicato. – 4. Il Consiglio di Stato torna a discutere il caso dell'appello in ordine alla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita (con ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria n. 2013 del 9 marzo 2021). – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Il diritto giurisprudenziale e la questione di giurisdizione*

Secondo un autorevole Autore, il Novecento giuridico è un secolo “*posmoderno*”¹, emblema del cedimento della primazia della legge e della gerarchia delle fonti² dinanzi all'incedere del *diritto giurisprudenziale*³ e del *creazionismo* dei giudici⁴. La nuova centralità dei principi nell'ambito dell'ordinamento giuridico⁵, come è

¹ Così testualmente, P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, ora in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

² Sulla tendenza cui si fa cenno nel testo vi è un ampio dibattito dottrinale, per cui si può rinviare agli ulteriori lavori di P. GROSSI, *Società diritto Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 53; Id., *Sulla odierna fattualità del diritto*, ora in Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; Id., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2016, 4, 1135 ss.; Id., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2017, 3, 831 ss.; nonché ai contributi di A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 367 ss.; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 409 ss.; E. RESTA, U. MATTEI, A. DI ROBILANT, P.G. MONATERI, *Il postmoderno nel diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 79 ss. Per una critica a tale tendenza si rimanda alla dottrina citata alla nota n. 8.

³ Cfr. P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2020, 1, 1 ss., ove si sostiene che “*Il 'diritto giurisprudenziale' è oggi, accanto all'opera legislativa dello Stato e delle regioni, una sorta di provvida valvola che permette un più congruo respiro al diritto positivo italiano*”, e che “*‘Giurisprudenziale’ significa sostanzialmente un diritto elaborato da coloro che sanno di diritto, dai giuristi, che posseggono il tesoro di tecniche collaudate da esperienze almeno bimillennarie*” (10).

⁴ Cfr. P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, cit., in cui viene rappresentato che “*oggi che abbiamo providamente riscoperto il diritto come invenzione, se v'è qualcosa che dobbiamo temere è quella gerarchia delle fonti in cui abbiamo tanto creduto e che avvertiamo ormai come un ingabbiamento soffocante*” (11). Sul tema cfr. il recente lavoro monografico di P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

⁵ Il tema dei principi, calato all'interno del processo amministrativo, impone una riflessione

stato osservato, conduce il giurista a contribuire alla formazione della regola, con una conseguente ‘transizione’ da uno *jus positum* a uno *jus in fieri*⁶.

Il *pos*moderno entra allora in un inevitabile conflitto con il ‘moderno’⁷, difeso da chi ritiene imprescindibile lo stato di diritto, calibrato sul ruolo della politica (rappresentativa) e sull’assoggettamento dei pubblici poteri al diritto stesso⁸.

I contrasti appena accennati rientrano in un dibattito complesso e articolato, sul quale non è questa la sede per indugiare oltre, al netto della presa d’atto che il *creazionismo giurisprudenziale* sia un dato della realtà presente, derivante dall’opera dei giudici protesa a coniare il così detto “diritto vivente”⁹.

specifica. È stato infatti osservato da un autorevole Autore come “*il ruolo del Consiglio di Stato sia stato determinato, almeno originariamente, dalle carenze della normativa, o, meglio, da quelle che oggi a noi, abituati a un diritto ancorato al dato positivo, sembrano tali (in realtà le origini del diritto amministrativo si collocano in un’epoca in cui era convinzione comune che la legge rappresentasse soltanto una componente – e non la più importante – del diritto)*”, e come l’elemento “*essenziale*” e “*irrinunciabile*” del disegno che caratterizza la giustizia amministrativa sia “*l’esclusione di ogni condizionamento superiore nell’interpretazione della legge. La limitazione del ricorso alla Cassazione per motivi di giurisdizione, sancita dall’art. 111 Cost., è dunque il fondamento, e non un semplice corollario, del sistema. Se cadesse, cadrebbe l’intero modello*”: cfr. A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 508 e 512. Resta il fatto, ad ogni modo, che il tema dei limiti alla interpretazione della legge non può che porsi anche con riferimento al giudice amministrativo, a *fortiori* dopo l’avvento del Codice del processo amministrativo.

⁶ “*Il che naturalmente incide sullo stesso modo di intendere l’ordinamento nel suo complesso, che è costretto a liberarsi dal modello illuministico articolato intorno al principio della divisione dei poteri, proprio perché l’autorità del diritto, con tutta la sua forza direttiva e cogente, pur nella peculiarità del momento storico, si sposta dall’esterno all’interno della comunità dei giuristi*”: cfr. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2016, 4, 1162-1163. Sugli stessi temi cfr. N. LIPARI, *Giudice legislatore* (Nota a Cass. 25 gennaio 2017, n. 1946), in *Foro it.*, 2017, I, 492-493; *Id.*, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, n. 6, 1427 ss.

⁷ “*Queste diverse concezioni possono essere a loro volta declinate in tutta una serie di antitesi che ne fotografano aspetti peculiari: monopolio della legge statale nella produzione del diritto/pluralismo delle fonti; generalità e astrattezza del comando legislativo/cangianti particolarità del caso; potere esclusivo del legislatore nella costruzione del diritto/compartecipazione dell’interprete-creatore; principio binario (tutto-niente, inclusione-esclusione, vero-falso, torto-ragione, fatto-diritto, legittimo-illegittimo)/principio di graduazione (dal meno al più adeguato, dal meno al più opportuno) e di appartenenza parziale (parzialmente incluso, parzialmente escluso), così da giungere a una conclusione che rappresenti il punto di massima realizzazione di tutti i principi in gioco; diritto costruito solo per regole (le fattispecie normative)/diritto costruito soprattutto per principi; diritto completo a priori nel momento della sua fissazione da parte della legge/diritto che si completa e si attua nel suo farsi concreto; matematica del sillogismo/flessibile logica del bilanciamento; valore esclusivo delle forme/attenzione sostanziale per i valori*”: cfr. R. E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della post-modernità*, Bologna, 2017, 9-10. Per una rassegna ampia ed esaustiva dei fattori di cambiamento del diritto amministrativo, si veda M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., 199 ss.

⁸ Cfr. in questo senso: M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 177 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015 (in particolare il capitolo secondo, 87-123); L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, 23 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso*, Napoli, 2018.

⁹ Tra le tante rappresentazioni concrete di tale espressione, cfr. di recente: Cons. Stato, Ad.

Anche il tema della giurisdizione, con particolare riferimento ai tempi e ai modi della deducibilità del suo difettare in primo grado e in appello, non si sottrae alla tendenza generale cui si è accennato. In sintesi si può ricordare come in principio vi fosse il giudice naturale precostituito per legge¹⁰, senza temperamenti di sorta¹¹. Garanzia, questa, che è stata ritenuta dalla giurisprudenza costituzionale corollario del più generale principio di uguaglianza tra i cittadini, tale da assicurare tanto la certezza che a giudicare non sarà un giudice creato a posteriori rispetto al fatto sottoposto alla sua attenzione¹² quanto l'indipendenza e l'imparzialità di ciascun giudice rispetto al *casus decidus*, in ottemperanza all'art. 111, commi 1 e 2, della Costituzione.

Il giudice naturale precostituito per legge è quello, da un lato, competente a decidere e, dall'altro, munito di giurisdizione¹³. La rilevanza del principio costituzionale del corretto esercizio della *potestas iudicandi* da parte di un dato ordine giurisdizionale¹⁴ ha trovato precisi riferimenti in sede legislativa sia all'interno dell'art. 37 del Codice di procedura civile, in cui viene stabilita la rilevabilità in ogni stato e grado, anche d'ufficio¹⁵, del difetto di giurisdizione del giudice

plen., 20 gennaio 2020, n. 3, secondo cui il “diritto vivente” scaturisce dal quadro normativo e dall'orientamento giurisprudenziale di riferimento.

¹⁰ Alla luce di quanto disposto dall'art. 25, comma 1, della Costituzione.

¹¹ Principio da riferirsi all'Ufficio giudiziario competente e non alla persona fisica del singolo giudice (componente del collegio giudicante) investito della controversia: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2020, n. 2139.

¹² Cfr. in questo senso Corte Cost., 7 luglio 1962, n. 88 (e precisamente il punto n. 4 del “*Considerato in diritto*”).

¹³ È quanto ha avuto modo di ribadire la giurisprudenza di legittimità, secondo cui la garanzia del giudice naturale precostituito per legge “*pertiene non soltanto alla “competenza in senso stretto” – come invece non infrequentemente si mostra di ritenere (pure nell'ordinanza di rimessione) – ma anche, e ancor prima, alla “giurisdizione” (o “competenza giurisdizionale”) a conoscere una determinata controversia*” (cfr. Cass., sez. un. civ., 5 gennaio 2016, n. 29).

¹⁴ Secondo la giurisprudenza di legittimità, “*L'attribuzione della potestas iudicandi a diversi ordini giurisdizionali di magistrati e della potestas decidendi ai diversi magistrati appartenenti ad un medesimo ordine è infatti, come si vedrà in dettaglio, tema squisitamente costituzionale, concernendo la stessa configurazione del potere giudiziario delineata dalla Costituzione (“La Magistratura”, di cui al Titolo 4 della Parte seconda, intitolata “Ordinamento della Repubblica”) in rapporto sia con gli altri poteri dello Stato (rapporto relativamente al quale rileva il principio della “riserva di giurisdizione” che, “non enunciato esplicitamente da una singola norma costituzionale, ma chiaramente desumibile in via sistematica da tutto il Titolo 4 della Parte 2 della Costituzione consiste nella esclusiva competenza dei giudici – ordinari e speciali – a definire con una pronuncia secondo diritto le controversie, che coinvolgano diritti soggettivi o interessi legittimi, loro sottoposte secondo le modalità previste dall'ordinamento per l'accesso alle diverse giurisdizioni”: così la Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013, n. 12.5. del Considerato in diritto), sia con tutti coloro che “accedono alla giustizia”*” (cfr. Cass., sez. un. civ., 5 gennaio 2016, n. 30).

¹⁵ Principio ritenuto applicabile all'interno del processo amministrativo, prima dell'entrata in vigore del Codice destinato a disciplinarlo (e, in particolare, del relativo art. 9), benché andasse “*coordinato con il sistema delle impugnazioni, operando esso ogni qualvolta non esista una precedente statuizione espressa, mentre se questa sia stata emessa, i giudici delle successive fasi possono conoscere della questione soltanto se*

ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali, sia in seno al previgente art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, anch'essa contenente la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione¹⁶.

Da tempo, però, è in corso un processo di riconsiderazione del perimetro della garanzia in questione, da ascrivere innanzitutto all'opera creativa della giurisprudenza di legittimità. La Corte Suprema di Cassazione, con il noto "trittico"¹⁷ di pronunce del 2008¹⁸, ha avuto modo di esaminare il contenuto dell'art. 25, comma 1, della Costituzione mediante la lente del principio della ragionevole durata del processo¹⁹, arrivando a porre precisi limiti alla rilevabilità del difetto di giurisdizione sia di carattere temporale (sino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado) sia derivanti dal giudicato, anche implicito, eventualmente sceso sulla questione²⁰.

essa sia stata impugnata, essendo tenuti, in caso contrario, ad applicare l'art. 329, 2° comma, c.p.c.": cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554, con nota di A. TRAVI, in *Foro it.*, 2005, III, 642; nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 544).

¹⁶ Senz'altro ad opera del TAR e, per la giurisprudenza prevalente, ad opera del Consiglio di Stato nel solo caso in cui lo stesso TAR avesse statuito in forma implicita sul punto, giacché in caso di decisione espressa tale potere non sarebbe stato esercitabile, occorrendo la formulazione di apposito gravame per poter esaminare la questione: cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 550; Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2006, n. 4639; Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1059; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1055. Cfr. inoltre Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, con nota di R. URSI, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7, 741 ss.

¹⁷ L'espressione è ripresa da un lavoro di C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 3, 834.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. un. civ., 8 ottobre 2008, n. 24833; Cass., sez. un. civ., 30 ottobre 2008, n. 26019; Cass., sez. un. civ., 18 dicembre 2008, n. 29523.

¹⁹ Al riguardo, è stato a più riprese espresso dalla Corte Costituzionale il principio secondo cui "l'esigenza di garantire la maggiore celerità possibile dei processi deve tendere ad una durata degli stessi che sia, appunto, "ragionevole" in considerazione anche delle altre tutele costituzionali in materia, in relazione al diritto delle parti di agire e di difendersi in giudizio garantito dall'art. 24 cost.": cfr., così, Corte cost. (ord.), 9 febbraio 2001, n. 32. Cfr., inoltre, Corte cost., 21 marzo 2002, n. 78; Corte cost. (ord.), 25 ottobre 2000, n. 439; Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440. La ragionevole durata del processo ha trovato una sua dimensione normativa all'interno del Codice del processo amministrativo, il cui art. 2 stabilisce in particolare che "Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione [comma 1]. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo" [comma 2]. Per un commento a tale norma, cfr. F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. CA TELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011.

²⁰ Le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione sono state commentate da numerosi Autori, per la gran parte in termini critici, tra cui si segnalano: G. BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263 ss.; R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 380 ss.; F. CARPI, *Osservazioni sulle sentenze «additive» delle sezioni unite della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 587 ss.; A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in *Giur. it.*, 2009, 1464 ss.; C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle*

I principi enucleati dalla Cassazione sono stati, nella sostanza, versati nel Codice del processo amministrativo, all'interno dell'art. 9. Così che quest'oggi, in tale processo, la questione di giurisdizione può essere rilevata d'ufficio sino al primo grado ovvero dedotta in appello dalla parte mediante un motivo proposto avverso il capo che ha statuito in modo implicito o esplicito sulla giurisdizione²¹.

Ecco, allora, che la giurisprudenza si fa creatrice (fonte), ragionando utilitaristicamente²². Da tale creazione prorompe il 'diritto vivente' (giurisprudenziale), fu normativo. Che torna a 'farsi legge' all'esito di un percorso di *inventio* volto ad adattare la norma al fatto²³.

Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito), ibidem, 2009, 1141 ss.; V. COLESANTI, Giurisprudenza «creativa» in tema di difetto di giurisdizione, in Riv. dir. proc., 2009, 1125 ss.; F. CUOMO ULLOA, Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?, in Corr. giur., 2009, 3, 386 ss.; G. MONTELEONE, Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali, in Riv. dir. proc., 2010, 271 ss.; M. PACILLI, Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, 595; G.G. POLI, Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c., in Foro it., 2009, I, 810 ss.; E.F. RICCI, Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame, in Riv. dir. proc., 2009, 1085 ss.; R. VACCARELLA, Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii, in Ginn. it., 2009, 412.

²¹ Su tale articolo si sono appuntate diverse critiche, tra cui quella di C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione*, cit., 835, secondo cui la disciplina derivante dai principi espressi dalla Cassazione non avrebbe potuto "essere unilateralmente introdotta per il solo giudizio amministrativo, senza che nulla muti per il processo civile (ed invero a questa solitaria introduzione il legislatore delegato non era certo autorizzato). Ed infatti non v'è chi non veda la imprevedibile disparità di trattamento ed i gravissimi problemi di coordinamento che deriverebbero dal mantenere in vita parallelamente l'art. 9 del Codice del processo amministrativo e l'art. 37 c.p.c., i quali disciplinerebbero così troppo diversamente (posto che le Sezioni Unite suggeriscono – e praticano, per ora – l'esigenza di un mutamento, ma non sono valse da sole a produrlo) la medesima «situazione processuale» a seconda del plesso giurisdizionale adito in prima battuta (quello della riassunzione vede, pur se di primo grado, già limitato il suo potere addirittura nella prima udienza e convogliato verso il regolamento d'ufficio – art. 59 – oppure verso l'elevazione del conflitto – art. 11; ovvia è quindi la preclusione nei momenti e ancor più nei gradi successivi)".

²² L'utilizzo di un simile avverbio nel contesto sopra descritto è ispirato dal saggio di A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, in Riv. dir. proc., 2016, 6, 1469 ss. In uno dei tanti passaggi interessanti di tale lavoro, l'Autore rappresenta che "per opera della giurisprudenza «utilitaristica» della Cassazione, la rivoluzione si realizza nei fatti in assenza di una scelta legislativa che l'abbia autorizzata (almeno nei termini nei quali si è manifestata). In Italia, la recente tendenza «utilitaristica» della Cassazione va di pari passo con la «relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito», che vanno smarrendo la loro vincolatività" (1483).

²³ Cfr. P. GROSSI, *La invenzione del diritto ...*, cit., in cui viene rilevato che "Entro il progetto moderno (e la sua conseguente visione del diritto) il giudice doveva adattare il fatto alla norma (una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, cioè — ripetiamolo — squisitamente logico-deduttivo). Oggi, in questo nostro tempo giuridico pos-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una invenzione, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico" (841-842). In senso critico, non si può fare a

Il principio del giudice naturale precostituito per legge incontra, allora, i limiti delle preclusioni processuali e del giudicato. L'incedere del processo, nel gioco tra le parti²⁴, pone su un piano di assoluto rilievo il *non* detto in ordine al riconoscimento della *potestas iudicandi*, che per essere necessariamente pregiudiziale si fa nemesi in quanto regolatore dei tempi del processo, determinando soccombenza e anelando a divenire cosa giudicata in assenza di gravame sul punto.

2. La questione di giurisdizione nel processo amministrativo di primo grado: natura e sua collocazione nell'ordo quaestionum

Il tema della tassonomia della modalità di esercizio della *potestas iudicandi* è tanto vasto quanto complesso²⁵. La disciplina positiva non basta a dirimerlo. Se si volge lo sguardo a quanto stabilito dall'art. 76, comma 4, del Codice del processo amministrativo, v'è un rinvio al contenuto dell'art. 276, comma 2, del Codice di procedura civile, che sembra graduare la decisione antepoendo la risoluzione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito²⁶.

Restringendo il punto di osservazione, la questione di giurisdizione trova

meno di citare R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 4-5, 1093 ss., secondo cui "da un simile quadro sembra lecito dissentire, senza timore di accuse di passatismo e incapacità di cogliere il nuovo e, peggio di tutto, di giuspositivismo" atteso che "La normatività della giurisprudenza è una normatività debole per la semplice ma determinante ragione che il precedente non vincola il giudice successivo" (1116, 1117 e 1118).

²⁴ Per una disamina del tema del processo come gioco, si rinvia, senza pretesa di completezza, ai lavori di: P. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 537 ss.; F. CARNELUTTI, *Gioco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 105 ss.; S. VALZANIA, *La partita di diritto. Considerazioni sull'elemento ludico del processo*, in *Jus*, 1978, 207 ss.; F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005, 12 ss.; B. CAVALLONE, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 6, 1548 ss.

²⁵ Per dirla con le parole del massimo organo di giustizia amministrativa, "La tassonomia delle modalità di esercizio della potestas iudicandi da parte del giudice amministrativo è una tematica di particolare vastità, delicatezza e complessità dal punto di vista diacronico, sistematico e per le interazioni con il valore costituzionale ed internazionale del «giusto processo»": cfr., così, Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

²⁶ Su tale ultima norma, con riferimento al processo civile, è stato osservato che "con riferimento all'esistenza di un presunto obbligo del giudice di decidere prima le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e dopo il merito, non si può non rilevare che di esso non v'è traccia nell'art. 276 c.p.c. E non v'è traccia proprio perché – come da tempo rilevato – a differenza dei modelli processuali del passato «il nostro diritto positivo ripugna dalla partizione del processo in fasi a successione rigida, separate dalla barriera della preclusione; in particolare, ignora il distacco della trattazione dei requisiti processuali dalla trattazione del merito»: cfr. A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione ...*, cit., 1469, con i rimandi dell'Autore a E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 539 (con riferimento al fatto che l'art. 276 del c.p.c. non pone alcun obbligo di seguire un dato ordine nel decidere) e a E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 249 (con riferimento alla parte virgolettata).

una sua differente collocazione all'interno del *thema decidendum* a seconda che sia individuata tra i presupposti processuali o tra le condizioni dell'azione²⁷.

Mentre la seconda linea ermeneutica è da ricondurre in particolar modo alla dottrina più risalente, che considerava la giurisdizione una questione di merito²⁸, la prima sembra ormai dominante in giurisprudenza, amministrativa e di legittimità²⁹. Quest'ultima fonda le proprie decisioni, da diversi anni a questa parte, sulla nota teoria del “doppio oggetto del giudizio”, patrocinata da autorevole dottrina³⁰, secondo cui in ogni processo sono individuabili un oggetto processuale, concernente la sussistenza del potere-dovere del giudice di decidere il merito della causa, e uno sostanziale relativo all'accertamento della fondatezza della domanda proposta. Teoria che costituisce il retroterra concettuale per conferire individualità e autonomia alla questione di giurisdizione, che si

²⁷ Cfr., per tutti, V. ANDRIOLI, *In tema di ordine nell'esame delle deduzioni nel processo civile*, in *Foro it.*, 1934, I, 78.

²⁸ Cfr., per tutti, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, quinta rist. inalterata della seconda, I, Napoli, 1953, 60.

²⁹ Anche in virtù della riforma intervenuta con la legge 18 giugno 2009, n. 69, che all'art. 59 disciplina i termini della decisione della questione di giurisdizione e della conseguente eventuale *translatio iudicii*: al riguardo, si rimanda all'ampia ricostruzione effettuata nel lavoro di A. SQUAZZONI, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, Milano, 2013. In ordine all'orientamento della giurisprudenza amministrativa, cfr., oltre a Cons. Stato, Ad. plen. n. 5/2015, cit., anche la pronuncia di Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, che stabilisce di accertare dapprima la “ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, ius postulandi, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito dall'Adunanza plenaria 3 giugno 2011, n. 10)”. La giurisprudenza di legittimità, rispetto all'ordine di trattazione della questioni di giurisdizione e di competenza, sembra essersi adeguata alla giurisprudenza amministrativa, atteso che ha di recente formulato il principio di diritto secondo cui “La pregiudizialità della questione di giurisdizione rispetto alla questione di competenza – in quanto fondata sulle norme costituzionali relative al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, comma 1), alla garanzia del giudice naturale preconstituito per legge (art. 25, comma 1), ai principi del “giusto processo” (art. 111, commi 1 e 2), alla attribuzione della giurisdizione a giudici ordinari, amministrativi e speciali ed al suo riparto tra questi secondo criteri predeterminati (art. 102, commi 1 e 2, art. 103, art. 6 disp. trans. e fin.) – può essere derogata soltanto in forza di norme o principi della Costituzione o espressivi di interessi o di valori di rilievo costituzionale, come, ad esempio, nei casi di mancanza delle condizioni minime di legalità costituzionale nell'instaurazione del “giusto processo”, oppure della formazione del giudicato, esplicito o implicito, sulla giurisdizione”: così Cass, sez. un. civ., n. 29/2016, cit.; nello stesso senso: Cass, sez. un. civ., n. 30/2016, cit. Tali sentenze sono state commentate da diversi Autori, tra cui si richiamano: C. GLENDI, *Viene prima la competenza o la giurisdizione? Ovumne prius exciderit an gallina?*, *Dir. prat. trib.*, 2016, 6, 2259; G.G. POLI, *La pregiudizialità della giurisdizione sulla competenza, tra ordine delle questioni e rilievo d'ufficio*, in *Foro it.*, I, col. 3228 ss.; ID., *Il resistibile primato della giurisdizione sulla competenza al vaglio delle sezioni unite: ordine delle questioni, giudicato sulla giurisdizione e rilievo d'ufficio*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 3, 769 ss.; A. RONCO, *Sul rilievo del difetto di giurisdizione nell'ambito del regolamento di competenza*, in *Giur. it.*, 2016, 1383.

³⁰ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, I, 164, 225 e 231. Teoria “di derivazione tedesca”: cfr. G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 968. Cfr. sul tema anche A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo, La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958 (in particolare 124 e 255).

affranca dal merito e assurge a “capo” di sentenza, suscettibile di passare in giudicato³¹.

Il giudicato sulla questione di giurisdizione potrebbe formarsi anche implicitamente nel momento stesso in cui il giudice decide il merito della causa, affermando (silenziosamente) la sussistenza della propria giurisdizione, antecedente logico e condizionante la trattazione del giudizio, in assenza di tempestiva impugnazione sul punto³². Il Codice del processo amministrativo attribuisce alla questione di giurisdizione il sostantivo “capo”³³.

³¹ In senso critico si pongono i rilievi di A. CARRATTA, *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione ...*, cit., secondo cui “*si dovrebbe escludere che la soluzione esplicita della questione di giurisdizione possa formare oggetto di autonomo “capo” o “parte” di sentenza e sia, di conseguenza, idonea a passare in giudicato «poiché qui non vi è neppure alcun capo decisivo al cui riguardo possa davvero attagliarsi l’art. 329, comma 1» [Sul punto richiama E.T. LIEBMAN, «Parte» o «capo» di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 54]. Con la conseguenza di ritenere che, mentre l’indiscutibilità della questione di rito certamente si genera allorché passi in giudicato una decisione di merito, in quanto l’attribuzione del «bene della vita» che tale pronuncia fa non è scalfibile con la contestazione di alcuno dei presupposti processuali, la sola impugnazione della decisione sul merito senza l’impugnazione anche del profilo attinente alla giurisdizione, espressamente o implicitamente considerato dal giudice di primo grado, non possa comportare alcun effetto di incontrovertibilità su quest’ultimo (e possa, quindi, ancora essere rilevato d’ufficio dal giudice d’appello)” (1466-1467).*

³² Al riguardo cfr. il “trittico” di pronunce delle sezioni unite n. 24833/2008; n. 26019/2008 e n. 29523/2008 (citate all’interno della nota 18). Secondo una recente sentenza della stessa Cassazione, l’argomento precipuo che nega diritto di cittadinanza alla teoria del giudicato implicito è che “*Nel caso in cui il vizio di nullità acceda come mero “presupposto logico” all’ingresso dell’esame e della decisione di una questione di merito (domanda od eccezione che sia), la statuizione della sentenza che decide sulla questione di merito, senza occuparsi del predetto vizio processuale (non eccepito né rilevato ex officio), non comporta – in difetto di specifica impugnazione volta a far valere il vizio presupposto – la cristallizzazione della invalidità/decadenza attraverso il “giudicato implicito interno”: con la conseguenza che non è dato ravvisare limiti alla denunciabilità/rilevanza officiosa del vizio “in ogni stato e grado” del processo e quindi anche, per la prima volta, nel giudizio di legittimità (salvo soltanto il giudicato ex art.324 c.p.c., e art. 2909 c.c., eventualmente formatosi sulla questione di merito dipendente)” (così, Cass., sez. III civ., 10 marzo 2021, n. 6762). In senso contrario alla teoria del giudicato implicito, nella dottrina processualciviltistica, cfr. per tutti E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, cit., mentre per quella amministrativistica cfr. A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1295.*

³³ All’art. 9 del Codice del processo amministrativo, che, come accennato, ha recepito sul ‘punto’ il ragionamento articolato nel “trittico” delle sentenze della Cassazione più volte citato. La stessa giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di esaminare, in giudizi aventi ad oggetto questioni diverse dalla giurisdizione, il concetto di capo autonomo di sentenza nel senso che “*costituisce capo autonomo della sentenza, come tale suscettibile di formare oggetto di giudicato, anche interno, quello che risolve una questione controversa, avente una propria individualità ed autonomia, sì da integrare astrattamente una decisione del tutto indipendente; la suddetta autonomia non solo manca nelle mere argomentazioni, ma anche quando si verta in tema di un presupposto necessario di fatto che, unitamente ad altri, concorra a formare un capo unico della decisione (Cass., 16 gennaio 2006, n. 726; Cass., 7 marzo 1995, n. 2621). Avuto riguardo ai complessivi aspetti della vicenda in esame, il decorso del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità costituisce una mera premessa logica della statuizione relativa alla decorrenza del termine prescrizione dell’azione risarcitoria, ragion per cui, essendo stata detta statuizione specificamente appellata dal L.R., non poteva formarsi il giudicato su detta premessa, non configurabile, di certo, come un capo completamente, autonomo della decisione (Cass., 23 febbraio*

Nel processo amministrativo, allora, il dubbio sulla giurisdizione accede, in sede di prime cure, anche senza essere stato invocato. Si fa questione³⁴. Diventa infine capo di sentenza. In sede di appello, la giurisdizione (implicitamente o esplicitamente) decisa nel giudizio *a quo* non appare più esaminabile *ex officio*³⁵, che sia o meno coperta da giudicato, mentre potrebbe essere posta in discussione dalle parti, giudicato permettendo.

Così che si rende necessario stabilire: *i*) ancor prima, se esistono limiti o preclusioni in merito alla possibilità di dedurre la questione di giurisdizione all'interno del giudizio di primo grado e se tale (eventuale) deducibilità sia consentita anche a colui che ha scelto il giudice amministrativo in sede di ricorso introduttivo; *ii*) quale parte possa, e in base a quali presupposti, formulare in sede di appello un motivo avente ad oggetto la questione di giurisdizione implicitamente o esplicitamente decisa dinanzi al Tribunale amministrativo regionale in primo grado.

In ordine al primo 'punto', appare innanzitutto indubitabile che l'esame della giurisdizione implichi una questione di rito, atteso che la sua risoluzione riguarda un presupposto del processo (condizionante l'esame del merito), senza toccare il bene della vita conteso e dunque il merito stesso. Non sembra possibile, allora, ritenere che al ricorrente sia precluso sollevare, nella memoria difensiva (in sede cautelare o di merito) ovvero financo in udienza, il difetto di giurisdizione del giudice da lui stesso adito in quanto questione nuova³⁶ e non ricollegabile al *thema decidendum* tracciato nell'atto introduttivo.

Insomma, se si parte dal presupposto che la questione di giurisdizione si

2009, n. 4363; Cass., 29 aprile 2006, n. 10043)" (cfr., così, Cass., sez. I civ., 23 marzo 2012, n. 4732; nello stesso senso, Cass., sez. I civ., 18 settembre 2017, n. 21566). Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, sul concetto di capo autonomo e sulla applicabilità dell'art. 329 del Codice di procedura civile in virtù del richiamo espresso dall'art. 39 del C.P.A., cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 novembre 2018, n. 6816.

³⁴ Secondo A. CARRATTA, *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione ...*, cit., "Se il dubbio sulla sussistenza della giurisdizione è divenuto "questione" (per effetto dell'eccezione di parte o del rilievo officioso), la valutazione compiuta dal giudice ha da essere "esplicita" o "visibile" (a prescindere che venga negata o ammessa) sia perché, in caso contrario, si configura il vizio di omissione di pronuncia, sia perché la decisione sulla questione deve essere sorretta da idonea motivazione (art. 111, comma 6, Cost.), proprio al fine di consentire alla parte che non condivida la pronuncia di esercitare compiutamente il proprio diritto all'impugnazione" (1469).

³⁵ Se si sta al tenore letterale dell'art. 9 del Codice del processo amministrativo, nella parte in cui consente la rilevanza del difetto di giurisdizione, anche d'ufficio, in primo grado. Il tema sarà affrontato più diffusamente all'interno del paragrafo 4, a cui si rimanda.

³⁶ Sul tema, la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che "nel processo amministrativo sono inammissibili le censure dedotte in memoria non notificata alla controparte sia nell'ipotesi in cui risultino completamente nuove e non ricollegabili ad argomentazioni espresse nel ricorso introduttivo sia quando, pur richiamandosi ad un motivo già ritualmente dedotto, introducano elementi sostanzialmente nuovi, ovvero in origine non indicati, con conseguente violazione del termine decadenziale e del principio del contraddittorio, essendo affidato alla memoria difensiva il solo compito di una mera illustrazione esplicativa dei precedenti motivi di gravame senza possibilità di ampliare il "thema decidendum" (da ultimo Consiglio di Stato, sez. III, 17 maggio 2012 n. 2878)": cfr., così, Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2013, n. 1715.

pone a monte dell'azione, la stessa questione non può essere astretta ai limiti che condizionano le domande di merito. A ciò si aggiunga l'assenza di prescrizioni che vanno nella direzione di imporre un limite temporale entro cui poterla proporre³⁷.

Resta, dunque, la questione se il ricorrente sia legittimato a sollevare la questione di giurisdizione in primo grado, manifestando una volontà in contraddizione con la scelta iniziale. Al riguardo viene in rilievo l'art. 10 del Codice del processo amministrativo – letto alla luce del richiamo espresso all'art. 41 del Codice del processo civile – a tenore del quale ciascuna parte del giudizio può chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione di risolvere le questioni di giurisdizione fino a che la causa non sia decisa nel merito.

Il che sembra portare alla logica conseguenza che lo stesso ricorrente possa formulare in primo grado una auto eccezione volta a mettere in discussione la giurisdizione del giudice da lui stesso adito³⁸. A ciò non ostandovi il disposto dell'art. 157, comma 3, del Codice di procedura civile in materia di rilevanza e sanatoria delle nullità, il quale, come è stato osservato³⁹, si riferisce a vizi di carattere formale (in cui non può farsi rientrare il difetto di giurisdizione), non rilevabili d'ufficio (a differenza del difetto di giurisdizione)⁴⁰.

Una volta versata nel processo da una delle parti, la questione di giurisdizione è destinata ad essere decisa, con ogni conseguenza sulla legittimazione del soccombente ad appellare la pronuncia su tale specifico 'punto'. Problematiche, in ordine alla appellabilità di tale questione, sono invece le ipotesi in cui: *a)* né le parti né il giudice pongano la questione e la causa venga decisa nel merito sfavorevolmente per il ricorrente (laddove quest'ultimo decida di proporre appello avverso il capo relativo alla giurisdizione); *b)* né le parti né il giudice pongano

³⁷ A differenza di quanto accade in relazione alla questione di competenza. L'art. 15 del Codice del processo amministrativo stabilisce infatti che: "In ogni caso il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 14, non decide sulla stessa" [comma 2]; e che "In mancanza di domanda cautelare, il difetto di competenza può essere eccepito entro il termine previsto per la costituzione in giudizio" [comma 3, primo capoverso].

³⁸ In questa direzione cfr. G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le Sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, in *Foro it.*, 2017, I, 977; G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 3, 802; in senso contrario cfr., invece, P.M. VIPIANA PERPETUA, *Appello per difetto di giurisdizione al giudice amministrativo – venire contra factum proprium in tema di giurisdizione: il nodo della soccombenza*, in *Giur. it.*, 2017, 2, 466 ss.

³⁹ Cfr. G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione ...*, cit., 977; G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare ...*, cit., 802.

⁴⁰ In dottrina, in questo senso, cfr. per tutti C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 537, Torino, 2011. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III civ., 30 agosto 2018, n. 21381; Cass., sez. VI, 2° civ., (ord.), 18 febbraio 2014, n. 3855; Cass., sez. III civ., 15 maggio 2009, n. 11315. La condotta del ricorrente che proponesse una auto eccezione in 'punto' di giurisdizione potrebbe essere sanzionata con una condanna alle spese di lite, nell'ipotesi in cui non sia giustificata da un sopraggiunto orientamento della giurisprudenza o da un contrasto giurisprudenziale volto a rendere incerta la giurisdizione del giudice adito sin dalla proposizione del ricorso introduttivo.

la questione e la causa venga decisa nel merito favorevolmente per il ricorrente (laddove il resistente, o uno tra i controinteressati, decida di proporre appello avverso il capo relativo alla giurisdizione).

L'esame della questione se il ricorrente o le altre parti del giudizio possano formulare un motivo di appello avente ad oggetto la questione di giurisdizione implicitamente decisa dal giudice di prime cure⁴¹ dipende dal concetto di soccombenza, a cui è dedicato il paragrafo che segue. La mancata impugnazione della detta questione di rito implicitamente decisa, a cui si affianca la scelta di impugnare il capo o i capi della sentenza relativi al merito, di cui la giurisdizione costituisce un presupposto⁴², involge poi il concetto del giudicato implicito, su cui del pari ci si soffermerà subito appresso.

3. *I limiti oggettivi e soggettivi alla proposizione del difetto di giurisdizione nel giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato, tra soccombenza e giudicato*

Per poter impugnare una sentenza occorre essere soccombente⁴³. Si tratta di un principio cardine e ineludibile, immanente nell'ordinamento giuridico (processuale) pur non essendo disposto da alcuna norma positiva.

D'altro canto, patente appare la natura ossimorica dell'azione impugnatoria del vincitore⁴⁴.

⁴¹ Di cui al punto *ii*) illustrato a pagina precedente.

⁴² In questa direzione si pongono le sezioni unite della Cassazione del 2008, che hanno avuto modo di precisare che “*Se il giudice ha deciso il merito, in forza del combinato disposto dell'art. 276 c.p.c., comma 2, e art. 37 c.p.c. (che impone la verifica di ufficio della potestas iudicandi), si deve ritenere che abbia già deciso, in senso positivo, la questione pregiudiziale della giurisdizione*” (così, Cass., sez. un. civ., n. 24883/2008, cit.). In ordine al tema della pregiudizialità nel processo amministrativo, non si può fare a meno di rimandare A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit.

⁴³ Nella dottrina processualciviltistica “classica”, cfr. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Roma, 1936, 81; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1933, 202; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, ristampa a cura di Andrioli, 982; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, 318; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto Processuale*, XIII ed., Padova, 2000, 423; nella dottrina amministrativa, cfr. per tutti F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1993, 417. Il processo amministrativo presenta indubbe peculiarità che rilevano rispetto al tema della soccombenza. Tali peculiarità emergono con chiarezza in alcuni passaggi del citato Manuale di F. SATTA, a tenore dei quali, “*data la struttura del giudizio contro la pubblica amministrazione nel nostro ordinamento, con il ricorrente comunque costretto a resistere ad una sua pretesa, ad un suo provvedimento, la valutazione della soccombenza deve essere molto attenta. Adonta dell'effetto proprio della sentenza di accoglimento del ricorso – l'annullamento dell'atto impugnato –, la soccombenza in realtà dipende dal motivo di diritto per cui il provvedimento dell'amministrazione è stato censurato. Ne deriva che l'appello non può essere dato solo in funzione dell'accoglimento o del rigetto del ricorso. L'appello deve essere dato in funzione della soccombenza effettiva: e dunque essere ammesso anche nei confronti di una sentenza, che annulla il provvedimento per motivi incapaci di influire sull'ulteriore esercizio del potere discrezionale*” (419-420).

⁴⁴ Cfr. sul ‘punto’ S. SATTA, *sub art. 323*, in *Commentario al c.p.c.*, Milano, 1959, 18, secondo cui una impugnazione del vincitore sarebbe negativa del carattere di impugnazione.

Il ‘punto’ è che il concetto di soccombenza non è unitario. Senza alcuna pretesa di completezza, almeno due classificazioni vengono in rilievo.

La prima è quella che distingue la soccombenza *pratica* da quella *teorica*⁴⁵, cui si vuole fare solamente cenno in questa sede al fine di precisare che la soccombenza in grado di legittimare l’impugnazione è solamente la prima, relativa a un pregiudizio concreto e attuale subito dalla parte, da intendersi pertanto come una situazione di fatto in cui la sentenza di primo grado abbia tolto o negato alla stessa un bene della vita accordandolo all’avversario⁴⁶.

La seconda classificazione è quella tra soccombenza *formale* e *sostanziale* (o *materiale*), su cui invece occorre soffermarsi. La soccombenza *formale* riguarda la discrasia tra domanda e sentenza, derivante dunque dal mancato accoglimento di una domanda, di un capo di domanda o di una eccezione, ovvero dall’accoglimento di una domanda avversaria⁴⁷. Il concetto di soccombenza *sostanziale* involge l’attitudine della sentenza a pregiudicare nel suo complesso la parte⁴⁸, con un conseguente ampliamento del diritto di impugnazione legato alla volontà di graduare la soccombenza rispetto al primo grado⁴⁹ e che si esplicita in concreto,

⁴⁵ La soccombenza in senso teorico – ravvisabile quando la parte vittoriosa abbia visto respingere taluna delle sue tesi od eccezioni o abbia visto accolte le sue conclusioni per ragioni diverse da quelle prospettate – legittima la parte alla riproposizione delle domande rimaste assorbite in primo grado ai sensi dell’art. 346 del Codice di procedura civile: cfr. Cass., sez. II civ. (Ord.), 28 agosto 2017, n. 20451.

⁴⁶ Cfr. Cass., sez. lav., 25 luglio 1994, n. 6903. In dottrina, su soccombenza pratica e teorica, è stato osservato che “La soccombenza che legittima la parte a proporre appello in via principale è solo la soccombenza pratica. In genere la nozione si distingue da quella di soccombenza teorica, determinata dal rigetto di alcune delle domande proposte, senza che, tuttavia, ne possa derivare pregiudizio per la parte che ha visto il proprio interesse comunque soddisfatto dall’accoglimento di altre domande”: cfr. G. SIGISMONDI, *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti* (Nota a Cons. Stato, Ad. plen., 19 gennaio 1999, n. 1), in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 398 ss. (nota 29).

⁴⁷ Cfr. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 81 e 638; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 982; E.T. LIEBMAN, «Parte» o «capo» di sentenza, cit., 47 ss.

⁴⁸ Tale linea ermeneutica è da ricondurre a L. SALVANESCHI, *Soccombenza materiale e soccombenza processuale: spunto per una riflessione intorno all’interesse ad impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 570 ss.; ID., *L’interesse ad impugnare*, Milano, 1990. Cfr., in tal senso, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 749 (nota 20).

⁴⁹ In questo senso cfr. L. SALVANESCHI, *L’interesse ad impugnare*, cit., secondo cui “Se si riconosce infatti che le pronunce di rito hanno un’efficacia meramente endoprocessuale e sono incapaci di estendere il loro effetto vincolante al di fuori del processo in cui furono pronunciate, allora bisogna anche riconoscere che esse, a differenza delle sentenze di merito, consentono la riproposizione della domanda in un diverso e successivo processo. L’erronea soluzione positiva di una questione processuale, cui sia seguita una pronuncia di rigetto nel merito, pone quindi l’attore in una posizione di svantaggio, precludendogli quella possibilità di riproposizione della domanda che una corretta valutazione della fattispecie processuale avrebbe portato con sé. L’interesse ad impugnare per chiedere una diminuzione della propria soccombenza appare allora evidente, comportando una decisione negativa in rito, rispetto alla pronuncia negativa in merito, un vantaggio giuridicamente individuabile che si concreta nella possibilità di riproporre nuovamente la domanda” (362). Nella stessa direzione, cfr. G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione...*, cit., 977.

ad esempio, mediante una impugnazione del “capo” di sentenza sulla giurisdizione (implicitamente o esplicitamente) favorevole alla parte, unitamente alla pronuncia sul merito ad essa invece sfavorevole⁵⁰.

Si potrebbe dire che, in tal caso, vi sarebbe un disallineamento tra soccombenza (formale), assente in ordine alla giurisdizione, e interesse ad impugnare, sussistente nella misura in cui l'obiettivo dell'appellante fosse quello di sostituire una pronuncia negativa in rito, da parte del giudice del gravame, a una pronuncia di rigetto nel merito da parte del giudice di primo grado⁵¹. Ma si potrebbe anche dire, sul solco della teoria ermeneutica che sostiene l'inesistenza del concetto di interesse ad impugnare in quanto assorbito da quello di soccombenza⁵², che tale ambizione possa essere perseguita *tout court* in virtù della situazione di soccombenza sostanziale in cui versa colui che ha avuto ragione sulla questione di giurisdizione e torto nel merito, in grado di legittimare il gravame in punto di rito alla luce del fatto che il suo accoglimento è destinato a conferire una concreta utilità all'appellante data dalla *translatio iudicii* e dalla conseguente possibilità di discutere nuovamente il merito dinanzi a un giudice altro.

L'interesse ad impugnare, ovvero il presupposto della soccombenza in senso materiale, intesi nei termini anzidetti, appaiono in grado di legittimare l'appello sulla giurisdizione sia di colui che l'ha adita, in caso di sua sconfitta nel merito⁵³, sia del resistente che non abbia sollevato contestazioni in primo grado su profili di rito e che sia rimasto soccombente nel merito⁵⁴. Diversa è invece la

⁵⁰ È appena il caso di osservare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, “*l'impugnazione con la quale l'appellante si limiti a dedurre soltanto vizi di rito, avverso una pronuncia che abbia deciso anche nel merito in senso a lui sfavorevole, è ammissibile solo qualora i vizi denunciati comporterebbero, se fondati, una rimessione al primo giudice ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c., mentre, in caso contrario, è necessario che l'appellante deduca ritualmente anche le questioni di merito, sicché, in tali ipotesi, l'appello proposto esclusivamente in rito, è inammissibile, oltre che per un difetto di interesse, anche per non rispondenza al modello legale di impugnazione (tra le altre, Cass., 11 febbraio 2015, n. 2682)*” (cfr. Cass., sez. III civ., 20 agosto 2018, n. 20799).

⁵¹ Così G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione...*, cit., 977. In questa direzione si pone, in giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. plen., 5 dicembre 2008, n. 6049. In ordine al concetto di interesse ad impugnare in termini di utilità giuridica che trarrebbe l'appellante dall'accoglimento del proprio gravame, cfr. Cass., sez. II civ., 11 novembre 2015, n. 23021, in *Foro it.*, 2016, 3460.

⁵² S. SATTÀ, C. PUNZI, *Diritto Processuale*, cit., 424. Ovvero sul solco del rilievo che ritiene una mera disputa verbale, che genera solo un problema di natura classificatoria e teorica, quella che mira ad ascrivere la soccombenza tra i requisiti di legittimazione ovvero di interesse delle impugnazioni: cfr. S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, 62 (nota 2).

⁵³ Anche perché, come è stato giustamente osservato, “*non può non vedersi che la soluzione della inammissibilità per difetto di interesse finisce per scaricare sulla parte le conseguenze di una disattenzione imputabile (anche) al giudice, e ciò anche là dove la contestazione della giurisdizione mossa dall'attore in appello si rivelasse pienamente fondata*”: cfr. G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione...*, cit., 977. *Contra* cfr. C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle corti*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 6, 1562 ss.

⁵⁴ Cfr. G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare ...*, cit., secondo cui “*Mi sembra d'altra parte evidente che, se la preclusione di un'impugnazione per difetto di giurisdizione derivasse all'attore dalla sua richiesta di una*

questione se, in assenza di gravame delle parti sulla *potestas judicandi* (implicitamente affermata dal giudice), la questione di giurisdizione sia rimessa in discussione dall'impugnazione del merito della controversia o vi osti il giudicato (del pari implicito) formatosi in virtù di tale omissione.

Una recente sentenza della Corte Suprema di Cassazione⁵⁵ ha ricostruito gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità esistenti in ordine alla teoria del giudicato implicito su una questione processuale. In questa sede interessano in particolare i due principali.

Il primo nega che possa formarsi il giudicato implicito sulla pregiudiziale di rito su cui il giudice non si sia espressamente pronunciato, ma il cui positivo superamento costituisce il necessario presupposto logico della pronuncia espressa sulla questione di merito dipendente⁵⁶. La teoria si fonda proprio su tale interdipendenza tra rito e merito, da ritenersi un *unicum* non frazionabile, con la conseguenza che l'impugnazione del merito implica che sia rimessa in discussione la questione processuale presupposta, anche nel caso in cui sia rimasta silente per non essere stata posta dalle parti o dal giudice durante il processo di prime cure⁵⁷. Per dirla con le parole di un autorevole Autore, “*Siccome il c.d. giudicato implicito indica l'incontrovertibilità dei presupposti logico-giuridici della decisione di merito già passata in giudicato, è evidente che per aversi giudicato implicito su una questione pregiudiziale di rito (come, appunto, la sussistenza della giurisdizione), è necessario che almeno su un punto della decisione di merito si sia formato il giudicato esplicito*”⁵⁸.

A tali conclusioni si oppone un secondo orientamento, che può essere così

decisione giurisdizionale di merito, lo stesso dovrebbe ripetersi per il convenuto che, dopo essersi costituito in giudizio chiedendo al giudice di pronunciare una decisione di rigetto nel merito, successivamente proponga un'eccezione di difetto di giurisdizione: soluzione che peraltro mi sembra impedita dall'art. 37 c.p.c. al di fuori dei casi in cui sia possibile riconoscere efficacia vincolante all'accettazione (in questo caso tacita) della giurisdizione del giudice adito (cfr. artt. 4 e 11 legge 31 maggio 1995, n. 218)”: cfr. 801, nota 6.

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. III civ., n. 6762/2021, cit.

⁵⁶ In dottrina cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, rist., 324; E. BETTI, *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1927, II, 13; nonché, con approdi differenti, E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, cit., p. 252; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 227 (nota 172); A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1299. In giurisprudenza, cfr. in particolare Cass., sez. V civ., 29 aprile 2009, n. 10027.

⁵⁷ Secondo Cass., sez. III civ., 10 marzo 2021, n.6762, l'argomento fondante che nega l'esistenza di un giudicato implicito si fonda sul fatto che il “*vizio di nullità acceda come mero “presupposto logico” all'ingresso dell'esame e della decisione di una questione di merito (domanda od eccezione che sia), la statuizione della sentenza che decide sulla questione di merito, senza occuparsi del predetto vizio processuale (non eccepito né rilevato ex officio), non comporta – in difetto di specifica impugnazione volta a far valere il vizio presupposto – la cristallizzazione della invalidità/decadenza attraverso il “giudicato implicito interno”: con la conseguenza che non è dato ravvisare limiti alla denunciabilità/rilevabilità officiosa del vizio “in ogni stato e grado” del processo e quindi anche, per la prima volta, nel giudizio di legittimità (salvo soltanto il giudicato ex art.324 c.p.c., e art. 2909 c.c., eventualmente formatosi sulla questione di merito dipendente)*”.

⁵⁸ COSÌ, A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione ...*, cit., 1467.

riassunto: premesso che la soluzione della questione di giurisdizione deve considerarsi “capo” autonomo della sentenza⁵⁹, e non mero passaggio logico della decisione di merito, la stessa rientra nel perimetro applicativo dell'art. 161 del Codice di procedura civile, recante al comma 1 il principio di conversione dei vizi del procedimento e della sentenza in motivi di gravame, con la conseguenza che è da ritenersi acquiescente (*ex art. 329, comma 2, del Codice di procedura civile*) la condotta della parte che ha ommesso di sottoporre a gravame una tale questione limitandosi ad impugnare i profili di merito contenuti nella sentenza.

La giurisprudenza di legittimità, ormai consolidata, tratta la questione di giurisdizione applicando i parametri normativi richiamati dall'orientamento appena compendiato⁶⁰. Simili parametri entrano in tensione con il disposto dell'art. 37 del Codice di procedura civile e della rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado della questione di giurisdizione ivi contenuta, mentre sono stati recepiti dal Codice del processo amministrativo, il cui art. 9 consente la rilevabilità del difetto di giurisdizione solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione stessa. Il ‘punto’ che è rimasto problematico riguarda il soggetto legittimato a formulare un simile motivo, su cui è tornato il Consiglio di Stato con la recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria, n. 2013 depositata il 9 marzo 2021, in cui è stata (nuovamente) posta in discussione l'ammissibilità dell'impugnazione sulla *potestas judicandi* da parte di colui che ha adito il Tribunale amministrativo regionale⁶¹.

Tale ordinanza pone due quesiti: *i) “se sia ammissibile un motivo d'impugnazione volto a contestare la giurisdizione del giudice amministrativo, formulato dalla parte che aveva introdotto il giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale, soprattutto quando il giudizio è stato introdotto in un contesto ordinamentale e giurisprudenziale completamente diverso da quello attuale”; ii) “se il giudice possa comunque affrontare la questione della giurisdizione in generale, anche in caso di una declaratoria d'inammissibilità, dato che una cosa è l'effetto dell'esame della questione, altra è la questione in senso lato”.*

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 1 e n. 4, del Codice di procedura civile.

⁶⁰ Al riguardo cfr. A. RONCO, *Sul rilievo del difetto di giurisdizione ...*, cit., In tale saggio, l'Autore osserva che “– vi sono impedimenti (quelli cui si è accennato nel precedente paragrafo) che minano la stessa esistenza giuridica della sentenza, impediscono la formazione del giudicato e possono quindi essere accertati non solo indipendentemente dall'iniziativa di parte, ma anche al di fuori del sistema delle impugnazioni; – vi sono impedimenti (quelli, ad esempio, cui fanno riferimento i citati artt. 37 e 158 c.p.c.) che possono essere ritenuti anche indipendentemente dall'iniziativa di parte, ma che – non impedendo la formazione del giudicato – possono essere accertati (appunto d'ufficio) solamente nell'ambito del sistema delle impugnazioni, ossia se un'impugnazione è proposta e nell'ambito della stessa; ed infine – vi sono impedimenti (generatori delle nullità cui accenna il primo comma dell'art. 161 c.p.c.) che sono rilevabili solamente su iniziativa di parte ed unicamente nell'ambito del sistema delle impugnazioni. Il difetto di giurisdizione (proprio per la formulazione letterale dell'art. 37 c.p.c.) dovrebbe appartenere alla categoria intermedia, ma – come è noto – un'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità lo tratta come se appartenesse alla terza categoria”: (1391-1392).

⁶¹ È solamente su tale preciso aspetto che si concentrerà l'esame di tale pronunciamiento.

Il primo quesito sta e cade con la definizione del perimetro del concetto di soccombenza. Il secondo prospetta un bivio: osservare lo *jus positum*, già prodotto del diritto vivente, o corroborare il diritto giurisprudenziale. Vediamo il perché.

4. *Il Consiglio di Stato torna a discutere il caso dell'appello in ordine alla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita (con ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria n. 2013 del 9 marzo 2021)*

Il Consiglio di Stato torna a discutere il diritto di appellare la decisione sulla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita, e che ha perduto nel merito in primo grado, quando la questione sembrava oramai orientata dalla giurisprudenza amministrativa⁶², sul solco dei principi espressi da quella di legittimità⁶³, nel senso di negarlo. Lo stesso Consiglio di Stato ha considerato tale approccio alla stregua di un primo orientamento, calibrato su due argomentazioni decisive: a) l'originario ricorrente non è soccombente in punto di giurisdizione; b) la condotta del ricorrente che ha scelto la giurisdizione e che poi decide di contestarla in sede di gravame integra un abuso del processo⁶⁴, che risiede nel *venire contra*

⁶² Ci si riferisce all'intervento di Cons. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2017, n. 4, a cui hanno fatto seguito: Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2017, n. 2367; Con. Stato, sez. III, 31 maggio 2018, n. 3272; Con. Stato, sez. V, 13 agosto 2018, n. 4934; Con. Stato, sez. V, 19 settembre 2019, n. 6247;

⁶³ A partire dall'intervento di Cass., sez., un. civ., 20 ottobre 2016, n. 21260, che è stata commentata, tra i vari Autori, da P.M. VIPIANA PERPETUA, *Appello per difetto di giurisdizione al giudice amministrativo* ..., cit.; G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione*: ..., cit., 977; G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare* ..., cit.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; ID., *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1093 ss. A tale pronuncia hanno fatto seguito: Cass., sez. un. civ., 4 aprile 2017, n. 8688; Cass., sez. un. civ., 19 gennaio 2017, n. 1309.

⁶⁴ In senso critico si è elevata la voce di diversi Autori, tra cui: G. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, p. 1203 ss.; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1289 ss.; G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 1 ss.; G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, 2, 185 ss.; M. FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, 592 ss.; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. – Annali*, II, Milano, 2008, 1 ss.; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1450 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.; A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro. it.*, 2017, I, 983 ss.; G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1262 ss.; ID., *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Ibidem*, 685 ss.; G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *www.judicium.it*, 2016. Tra coloro che si sono espressi favorevolmente, si rimanda, per tutti, al lavoro monografico di M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.

factum proprium, oltre a determinare la violazione dell'art. 2, comma 2, del Codice del processo amministrativo nella parte in cui prevede il dovere delle parti di cooperare al fine di realizzare la ragionevole durata del processo.

A tale orientamento, proseguendo nell'analisi della ordinanza in questione, se ne contrappone un secondo, fondato sul fatto che l'ammissibilità della impugnazione della decisione sulla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita deriva dalla sua soccombenza nel merito⁶⁵, che lo legittima ad impugnare la questione di rito, presupposta e interdipendente, con effetti preclusivi in ordine alla formazione del giudicato⁶⁶.

V'è poi un terzo orientamento che discerne. Ammette cioè l'appello solamente nel caso di dubbio ragionevole⁶⁷, o obiettivo⁶⁸ che dir si voglia, sul profilo della giurisdizione, alimentato ad esempio dalla complessità della materia del contendere o da un orientamento giurisprudenziale sopravvenuto alla presentazione del ricorso introduttivo⁶⁹. Quest'ultimo indirizzo, all'apparenza suggestivo anche in quanto fondato sulla obiettiva valutazione del caso concreto, presenta un limite decisivo, tra gli altri⁷⁰. Limite che risiede nel fatto di prendere in esame solamente l'elemento dell'eventuale abuso del processo, senza passare per il vaglio della sussistenza dell'elemento della soccombenza⁷¹, che invece rappresenta il punto nodale attraverso cui la questione in esame merita di essere affrontata e dipanata⁷².

All'argomento che l'abuso del processo possa, di per sé solo, integrare ragione

⁶⁵ Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza di rimessione in questione, richiama l'orientamento della Cassazione sul punto, e cioè "Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 27 dicembre 2010, n. 26129; nello stesso senso cfr. Corte di cassazione, sezioni unite, sentenze 29 marzo 2011, n. 7097, 27 luglio 2011, n. 16391, 20 gennaio 2014, n. 1006, 20 maggio 2014, n. 11022, 28 maggio 2014, n. 11916". Ma, ancor prima, era stato lo stesso Consiglio di Stato ad esprimersi nel senso sopra indicato: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 999; Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, in *Foro it.*, 2009, III, col. 121, con nota di A. TRAVI; Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5454, Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529.

⁶⁶ Sul solco della teoria ermeneutica riportata al paragrafo 3, cfr. in particolare note 56, 57 e 58, a cui si rinvia.

⁶⁷ Cfr. in questo senso G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione ...*, cit., col. 977.

⁶⁸ Utilizzando la terminologia del Consiglio di Stato in sede di ordinanza di rimessione.

⁶⁹ Cfr. in questo senso: Cass., sez. un. civ., 19 giugno 2014, n. 13940; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192.

⁷⁰ Su cui cfr. G. BACCARINI, *Giudizio amministrativo ...*, cit.: "Tralascio le considerazioni sulla incertezza del diritto che nozioni generali come quelle di dubbio giustificato sulla giurisdizione arrecherebbero, creando sperequazioni tra i diversi litiganti. Osservo solo che, fatta giustizia del divieto assoluto di ripensamento, la teoria del ripensamento "giustificato" sembra una riscrittura dell'art. 157, comma 3, c.p.c." (1217).

⁷¹ Vi sono numerosi precedenti che hanno ritenuto inammissibile l'appello sulla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita alla luce del solo profilo dell'abuso del processo: cfr. Cons. Stato, sez. V, novembre 2013 n. 5421, 16 aprile 2013, n. 2111, 7 febbraio 2012 n. 656; Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 585, 20 settembre 2012, n.4987, 9 luglio 2012, n. 4010.

⁷² È soprattutto sull'esame del concetto di soccombenza che si basa l'intervento nomofilatico della Corte Suprema di Cassazione con la citata pronuncia delle sezioni unite n. 21260/2016.

dirimente di inammissibilità dell'appello in punto di giurisdizione da parte di colui che l'ha adita si oppongono le sei obiezioni compiutamente ricostruite da Riccardo Villata⁷³. L'argomento è stato anche abbandonato dalla giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato, che ha dichiarato a più riprese di volersi adeguare ai principi espressi dalla sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 21260/2016⁷⁴.

Allora, venendo al primo quesito posto dalla ordinanza di rimessione, non sembra avere rilievo giuridico subordinare la legittimazione dell'appellante sulla giurisdizione, dopo averla evocata in primo grado, anche al mutamento del contesto ordinamentale e giurisprudenziale rispetto a quello vigente al momento della proposizione del ricorso. Vi osta una questione preliminare, ineludibile e assorbente: l'accertamento della sussistenza della soccombenza⁷⁵.

La risoluzione della prima questione sembra dover passare, dunque, esclusivamente per l'individuazione del concetto di soccombenza⁷⁶. La lettera dell'art. 9

⁷³ Cfr. R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello ...*, cit.: "La prima sottolineata che in tal modo verrebbe disapplicato l'art. 9 del codice del processo amministrativo che, come noto, si limita ad escludere la rilevanza in appello del difetto di giurisdizione qualora non sia stata oggetto di specifica censura normativizzandolo, almeno per detto, l'abrogazione di fatto operata dalla Cassazione giusto dieci anni fa con una sentenza tra le più all'epoca criticate dalla dottrina. La seconda obiezione, strettamente collegata a quanto appena rilevato, sottolinea come la tesi del Consiglio di Stato comporti la violazione del principio di parità delle parti, vietando al (solo) ricorrente innanzi al Tribunale regionale un'iniziativa processuale viceversa espressamente riconosciuta dalla legge e da nessuno contestata, né del resto contestabile proprio in forza dell'art. 9 c.p.a. [su tali aspetti l'Autore rimanda a: F. DINELLI, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in *Foro amm.*, nota a CdS 2012, 1998 ss.; K. PECCI, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 700; G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, cit., 189]. La terza obiezione poggia sulla rilevata profonda contraddizione con la riconosciuta ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione. La quarta obiezione si colloca sul piano della verifica della razionalità di sanzionare il presunto abuso con l'inammissibilità di un potere processuale attribuito alle parti dalla legge: a siffatto presunto abuso dovrebbe corrispondere se mai, quale reazione dell'ordinamento, l'aggravio delle conseguenze patrimoniali relative alle spese di lite [su tali aspetti l'Autore rimanda a: G. TROPEA, *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 738; G. TROPEA, *Spigolature ...*, cit., 1319 ss.; G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, cit., 1150] [...]. La quinta obiezione è che l'abuso del processo, così applicato, «serve a scardinare il principio del giudice naturale precostituito per legge» [così, G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, cit., 1147 e S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, cit., 1216.] [...]. La sesta, finale, obiezione evidenzia, cogliendo in radice la problematicità del tema, come tale giurisprudenza attribuisca al principio di divieto di abuso nel processo un ruolo che va a scapito del principio di riserva di legge in materia di disciplina processuale posto dall'art. 111 Cost. a garanzia del giusto processo [su cui l'Autore rimanda a G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, cit., 191]" (1095-1097).

⁷⁴ A partire da: Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2017, cit., seguita da Cons. Stato n. 2367/2017, cit.; Cons. Stato n. 3272/2018, cit.; Cons. Stato n. 4934/2018, cit. V'è stata anche una pronuncia più recente che, pur richiamando le sezioni unite del 2016, ha continuato a fare riferimento al tema dell'abuso del processo al fine di dichiarare inammissibile l'appello sulla giurisdizione ad opera di colui che l'ha adita: cfr. Cons. Stato n. 6247/2019, cit.

⁷⁵ La quale, se esistente, legittimerebbe l'appello. Se inesistente, lo precluderebbe, al netto di mutamenti del quadro ordinamentale e giurisprudenziale.

⁷⁶ In passato, nella giurisprudenza civilistica si era creato un contrasto in ordine alla ammis-

del Codice del processo amministrativo – che non distingue in ordine al soggetto legittimato a formulare uno specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata, che in modo implicito o esplicito ha statuito sulla giurisdizione – non sembra dirimente⁷⁷ alla luce dell'argomentazione secondo cui il soggetto legittimato a proporre il *motivo* di ricorso in appello in punto di giurisdizione sarebbe, appunto, solamente il soccombente⁷⁸.

Come si è accennato, la tesi della soccombenza intesa in senso materiale legittimerebbe l'appello, mentre la soccombenza in senso formale lo precluderebbe. Il dilemma, attesa la ragionevolezza delle argomentazioni a supporto di entrambe le tesi, potrebbe determinare una *impasse* decisiva.

Per evitare la fine dell'asino di Buridano⁷⁹, ecco la Costituzione. Ecco, in particolare, il relativo art. 25, che codifica il principio secondo cui “*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*”.

Così che, tra due interpretazioni parimenti plausibili in quanto in linea con l'art. 9 del C.P.A., appare preferibile quella costituzionalmente orientata, ossequiosa del citato precetto costituzionale. Dunque, non potrà che ritenersi ammissibile l'appello sulla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita giacché volto all'accertamento che la causa sia decisa dal giudice naturale precostituito per legge.

Si pone allora un'ultima questione, che risiede nella prevalenza, o meno, della norma costituzionale appena richiamata rispetto ad altri principi, come quello della ragionevole durata del processo. Se si guardasse la questione alla luce del primato del *diritto giurisprudenziale*, allora il dubbio diventerebbe lecito. Ma, come è stato autorevolmente osservato, “*si pongono immani problemi di fondo: la prevalenza di un principio su di una regola, a sua volta espressione di principi*”⁸⁰.

È chiaro che se il primo quesito posto nella ordinanza di rimessione sin qui esaminata fosse affrontato e superato secondo il ragionamento anzidetto, il secondo quesito ivi contenuto non avrebbe ragion d'essere. Lo stesso pone comunque complessità ulteriori.

sibilità dell'appello della parte che in primo grado avesse riconosciuto la fondatezza della domanda dell'attore. In senso affermativo si era espressa Cass., sez. I civ., 27 aprile 1978, n. 1965, in *Foro it.*, 1976, I, 1559, mentre in senso negativo figuravano App. Roma, 29 settembre 1975 e 30 settembre 1975, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, p. 325 con nota di A. CERINO CANOVA, il quale ha osservato che l'adesione all'uno o all'altro indirizzo dipende dalla definizione data al termine soccombenza. Ove si aderisca alla nozione di soccombenza “formale”, in termini di discrepanza tra domanda e sentenza, ne deriverebbe il difetto di interesse del convenuto, attesa la coincidenza tra sue conclusioni e pronuncia di primo grado. Ove, invece, si aderisca alla nozione di soccombenza “materiale”, in termini di efficacia pregiudizievole nei confronti della parte, si arriverebbe a conclusioni diametralmente opposte.

⁷⁷ Come affermato in particolare da G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, cit., 2.

⁷⁸ Cfr. in questo senso C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza ...*, cit., 1570.

⁷⁹ L'apologo, attribuito al filosofo Giovanni Buridano, narra come un asino posto tra due cumuli di fieno perfettamente uguali e alla stessa distanza non sappia quale scegliere, morendo di fame e sete nell'incertezza (cfr. www.treccani.it, 2009).

⁸⁰ Cfr., così, G. TROPEA, *Spigolature ...*, cit., 1289.

All'esame da parte del giudice di appello della questione di giurisdizione, nell'ipotesi in cui il gravame sul punto fosse dichiarato inammissibile, sembra ostare il combinato disposto di due elementi: la lettera dell'art. 9 del Codice del processo amministrativo e il giudicato (se del caso implicito) formatosi in tale ipotesi.

Il detto art. 9, infatti, consente la rilevanza del difetto di giurisdizione in appello solamente in virtù di uno specifico motivo avverso il capo della sentenza *a quo* che ha statuito implicitamente o esplicitamente sulla giurisdizione. L'inammissibilità dell'appello sulla *potestas iudicandi* lo renderebbe *tamquam non esset* sul 'punto', con conseguente preclusione al giudice di rilevare l'eventuale difetto di giurisdizione d'ufficio.

L'argomentazione accennata nell'ordinanza di rimessione sul fatto che l'effetto dell'esame della questione sarebbe altro dalla questione in senso lato non convince. La questione di giurisdizione, infatti, non è rilevabile d'ufficio in appello ai sensi dello stesso art. 9 del C.P.A. e dunque non ha natura di questione in senso lato.

In ogni caso alla sua rilevanza d'ufficio ad opera del giudice del gravame osterebbe il giudicato (interno) che, a fronte della inammissibilità dell'appello, scenderebbe sulla *quaestio jurisdictionis* decisa (anche implicitamente) in sede di prime cure.

5. Osservazioni conclusive

La questione di giurisdizione ha una sua ontologica complessità. Alla ricerca di un posto nell'*ordo thematum*⁸¹, deve fare i conti innanzitutto con la Costituzione, che la eleva a elemento fondante del processo, e comunque deve misurarsi con l'incedere dello stesso nella dialettica tra le parti. Il caso dell'appello in punto di giurisdizione ad opera del ricorrente che l'ha scelta in primo grado e che sul punto ha finito per essere vittorioso, ma sconfitto nel merito, sembra rappresentare il centro nevralgico di tutte le criticità che la questione è in grado di determinare.

Il legislatore, in principio (per effetto dell'art. 30 della legge n. 1034/1971), aveva optato per un doveroso accertamento del difetto di giurisdizione, anche *ex officio*, senza precisare in quale sede tale accertamento potesse (*rectius*, dovesse) essere fatto. La giurisprudenza era intervenuta rilevando che il giudice d'appello potesse verificare d'ufficio la giurisdizione qualora il giudice di primo grado avesse statuito solo in forma implicita sul punto, giacché in caso di decisione espressa sarebbe stato necessario un apposito gravame delle parti.

Arriva il 2008 e intervengono le sezioni unite della Cassazione a ridimensionare il perimetro applicativo dell'art. 37 del Codice di procedura civile, i cui principi erano ritenuti applicabili al processo amministrativo, che invece dispone

⁸¹ Cfr. Cass., sez. un. civ., n. 29/2016, cit.

la rilevabilità del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado. L'opera creatrice della giurisprudenza ha ritenuto di forgiare la norma per adattarla alla realtà: i processi devono avere una durata ragionevole e la rilevabilità del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado configge con questo proposito, scontrandosi peraltro con le preclusioni derivanti dal progredire del processo.

L'art. 9 del Codice del processo amministrativo ne ha recepito i principi. Il *diritto giurisprudenziale* è diventato ispiratore del legislatore in altra sede. La norma, tra le altre, propone la questione problematica dell'appello sulla giurisdizione di colui che l'ha adita dinanzi al Tribunale amministrativo regionale.

È stata ritenuta azione abusiva da parte della giurisprudenza maggioritaria che si è espressa prima di un ulteriore intervento nomofilattico in sede di legittimità, che in ordine al medesimo tema ha evocato, quale elemento risolutivo, l'insussistenza dell'infedeltabile presupposto della soccombenza. Così che la giurisprudenza amministrativa si è adeguata al nuovo indirizzo.

I dubbi, però, permangono. Riaffiorano nell'ordinanza n. 2013/2021 di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale: da un lato ripropone il dubbio se il ricorrente che ha scelto la giurisdizione possa formulare un motivo di appello sul 'punto' nel caso di sua soccombenza nel merito in primo grado; dall'altro lato, sembra rimettere in discussione la soluzione legislativa della limitata (al primo grado di giudizio) rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione⁸².

Come si è detto, in ordine alla prima questione la tesi preferibile sembra quella volta a legittimare l'appello sul capo della giurisdizione da parte di colui che l'ha adita in primo grado. Alla base di tale tesi si pone il concetto di soccombenza *sostanziale* e la sua aderenza al dettato dell'art. 25 della Costituzione.

Rispetto alla seconda questione, andare nella direzione solamente abbozzata dall'ordinanza di rimessione, nel senso di ritenere esaminabile d'ufficio la *quaestio jurisdictionis* anche in caso di declaratoria di inammissibilità dell'appello sul 'punto', imporrebbe un intervento fortemente *creativo* dell'Adunanza plenaria, visto che sembra difficile superare ciò che la regola vuole⁸³. Intervento che correrebbe il rischio di travalicare i confini dell'interpretazione per approdare sul terreno della formazione di una nuova regola.

Allora, sarebbe forse preferibile percorrere la strada che il nostro sistema fisiologicamente indica: la rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità, calibrata sul contrasto tra quanto affermato dall'art. 9 del Codice del processo amministrativo, in ordine alla deducibilità solamente in primo grado del difetto di giurisdizione, e l'art. 25, comma 1, della Costituzione, secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge⁸⁴.

⁸² Alla luce di quanto emerge dal secondo quesito posto nella medesima ordinanza (riportato *sub* paragrafo 3).

⁸³ *Id est*, l'art. 9 del Codice del processo amministrativo.

⁸⁴ Allo stesso modo è stato concluso il saggio di un autorevole Autore, critico sulla soluzione

Abstract

La disciplina della deducibilità del difetto di giurisdizione nel giudizio amministrativo di appello è stata fortemente incisa dal diritto giurisprudenziale. Nonostante l'art. 37 del Codice di procedura civile affermi chiaramente la rilevanza del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado, l'opera creatrice della giurisprudenza di legittimità, a partire dalle pronunce delle sezioni unite del 2008, ha ritenuto, a tutela della ragionevole durata del processo, di ridimensionare il campo di applicazione della norma prevedendo che la questione di giurisdizione possa essere rilevata d'ufficio sino al primo grado ovvero dedotta in appello mediante un motivo avverso il capo che ha statuito in modo implicito o esplicito sulla stessa giurisdizione. Tali pronunce hanno ispirato il legislatore in altra sede: l'art. 9 del Codice del processo amministrativo, infatti, è l'espressione dei principi conosciuti dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

Se nel giudizio di secondo grado il difetto di giurisdizione può essere dedotto solo attraverso uno specifico motivo di appello, incerta è la sorte del gravame proposto da colui che ha adito la giurisdizione e che è rimasto soccombente nel merito dinanzi al TAR.

Il presente lavoro prende spunto dalla recentissima ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 2013/2021), che affronta proprio il tema da ultimo richiamato. Dopo aver ricostruito le basi teoriche della questione, l'analisi è svolta alla luce degli interventi della giurisprudenza amministrativa e di legittimità, con l'obiettivo di individuare una corretta sintesi tra le norme e i principi costituzionali sottesi alla materia.

About the appeal on jurisdiction to the Consiglio di Stato by the subject who has referred to the judge, between Constitution, Administrative Process Code and judicial decisions: a systematic framework

The discipline of the deductibility of jurisdictional defect in the administrative judgment of appeal has been strongly influenced by the case-law. Despite the article 37 of the Code of Civil Procedure clearly states that the jurisdictional defect can be detected at every stage and level of proceeding, the creative case-law of the Supreme Court, starting from the rulings of 2008, considered – in order to protect the reasonable duration of the trial – to scale back that rule, providing that

adottata dalle sezioni unite della Cassazione del 2008 in quanto contrastante con il tenore letterale dell'art. 37 del Codice di procedura civile: cfr. R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola ...* cit., 385.

jurisdictional defect may be raised *ex officio* up to the first instance of judgement or deduced by way of a ground of appeal against the part of the decision that has ruled implicitly or explicitly on the jurisdiction. These rulings inspired the legislator elsewhere: the article 9 of the Administrative Process Code, indeed, is the expression of the principles coined by the jurisprudence of the Supreme Court.

If in the second instance the jurisdictional defect can be deduced only through a specific ground for appeal, the fate is uncertain of the appeal proposed by the one who has brought the case before the TAR but the question has been rejected.

This work takes its cue from the very recent referring order to the Plenary Session of the Council of State (n. 2013/2021), which precisely deals with the topic last pointed. After having reconstructed the theoretical basis of the question, the analysis is carried out in the light of the interventions of administrative and Supreme Court case-law, with the aim of identifying a correct synthesis between the law and constitutional principles underlying the subject.

Coprifuoco, precauzione e crisi emergenziale. I chiari di luna dei diritti costituzionali

di Federico Spanicciati

SOMMARIO: 1. Il futuro antico del coprifuoco. – 2. Il coprifuoco precauzionale. – 3. Conclusioni.

1. *Il futuro antico del coprifuoco*

Il 27 luglio 1943 il maresciallo Pietro Badoglio viene nominato Capo del Governo e si avvale della dichiarazione dello stato di guerra, avvenuta con Regio decreto 10 giugno 1940, n. 566, per applicare il Regio decreto 8 luglio 1938, n. 1415, che approvava la legge di guerra, la quale consentiva, tra le altre cose, al comandante supremo di emanare dei bandi¹. Tali bandi avevano “*valore di legge nella zona delle operazioni e nei limiti del comando dell'ufficiale che li ha emanati*”². Badoglio, dunque, emana un bando per le truppe della Provincia di Roma: “*In virtù delle facoltà conferitemi dalla dichiarazione dello stato di guerra e dall'art. 217 e seguenti del Testo Unico delle leggi di P. S., assumo la direzione della tutela dell'ordine pubblico nel territorio di questa provincia.*” Tra le misure ordinate nel detto bando si prevede che venga istituito il “*Coprifuoco. – Dal tramonto all'alba, con divieto di circolazione dei civili, eccezion fatta per i sacerdoti, medici, levatrici, appartenenti a società di assistenza sanitaria nell'esercizio delle rispettive funzioni. I pubblici esercizi di ogni categoria, i teatri di varietà, i cinematografi, i locali sportivi e similari resteranno chiusi nelle ore del coprifuoco*”³. Con Regio decreto 4 agosto 1943, n. 714, lo stato di guerra e il relativo coprifuoco è esteso a tutta lo Stato. Questa misura rimane in vigore per la parte d'Italia non occupata dai nazisti, dopo molteplici modifiche di orari e ridotta alla durata minima, fino alla primavera del 1944, per un totale di circa 10 mesi, quale misura di ordine pubblico preordinata a fronteggiare lo stato di guerra interna⁴. Nel momento in cui il coprifuoco è abrogato, Roma ancora non è stata occupata dalle forze

¹ In materia si veda: P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2015, 48 ss.

² V. art. 17 della citata legge.

³ Si vedano, nella stampa: *Coprifuoco dal tramonto all'alba*, in *Corriere della Sera*, 27 luglio 1943; *Il Coprifuoco*, in *La Stampa*, 31 luglio 1943; *Come rispondere al «Chi va là?»*, in *Corriere della Sera*, 31 luglio 1943; *Ventisei trasgressori al coprifuoco condannati a Torino*, in *Corriere della Sera*, 20 agosto 1943; *Coprifuoco alle 22*, in *Corriere della Sera*, 22 novembre 1943. V. anche G.F. VENÈ, *Coprifuoco: vita quotidiana degli italiani nella guerra civile*, Milano, 1989, *passim*.

⁴ Il governo Badoglio cadrà il 17 aprile 1944, seguirà un secondo governo Badoglio fino al 18 giugno 1944. Il successivo governo Bonomi II slegnerà la carica di comandante militare supremo da quella di capo di governo.

alleate, l'intero nord-Italia è occupato dalle forze tedesche e ci si prepara per i sanguinosi scontri sulla linea gotica, che caratterizzeranno la seconda metà del 1944. Da allora il concetto o il termine di coprifuoco non compare più in alcuna legge o norma giuridica, non essendo stato adottato, malgrado le diverse proposte, neanche nel periodo di crisi determinato dal rapimento di Aldo Moro. Tale assenza del coprifuoco nella realtà giuridica italiana termina nel 2020⁵.

Con il DPCM 3 novembre 2020 viene infatti disposto, all'articolo 1, comma 3, per la prima volta, che: “Dalle ore 22.00 alle ore 5.00 del giorno successivo sono consentiti esclusivamente gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative, da situazioni di necessità ovvero per motivi di salute.” Anche se non è definito come coprifuoco, nella sostanza tale misura è esattamente questo⁶.

Secondo l'enciclopedia Treccani il coprifuoco è infatti un “*divieto straordinario di uscire durante le ore serali e notturne imposto dall'autorità per motivi di ordine pubblico, in situazioni di emergenza.*”

L'*ordine pubblico* è una clausola generale dell'ordinamento giuridico, espressione dei valori fondanti di una comunità sociale, o, come detto “*S'intende per ordine pubblico quella parte d'un ordinamento giuridico, che ha per contenuto i principî etici e politici, la cui osservanza e attuazione sono ritenute indispensabili all'esistenza di tale ordinamento e al conseguimento dei suoi fini essenziali. Questa parte del diritto è costituita sia dai principî generali e fondamentali dell'ordinamento, sia da concrete norme giuridiche (leggi d'ordine pubblico) [...]*”⁷.

⁵ Va segnalato che le norme nazionali non useranno mai tale termine. Questo è però rintracciabile in diversi atti regionali, *ex multis*: D.P.G.R. 12/12/2020, n. 139 – Piemonte; O.P.Reg. 28/02/2021, n. 4 – Sardegna e 15/03/2021, n. 8; O.P.Reg. 09/11/2020, n. 101 – Abruzzo.

⁶ Tale DPCM è emesso in attuazione delle varie dichiarazioni di stato di emergenza, a partire dalla prima delibera del CDM del 31 gennaio 2020 e del decreto-legge n. 6/2020. Non si fornisce un quadro delle varie misure nazionali adottate per fronteggiare l'emergenza da Covid-19, ritenendosi sia sufficiente rinviare ad altri contributi di dottrina. Il coprifuoco sarà comunque reiterato in tutti i provvedimenti emergenziali, DPCM o DL, successivi, per terminare la propria applicazione solo nel giugno 2021. V. F. GIGLIONI, *le misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia nella “fase due”*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 4/2020, 414; G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale Dir. Amm.* n. 3/2020, 318 ss.; F. SPANICCIATI, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 3/2020, 305 ss.

⁷ Così G. PAOLI, G. ZANOBINI, *Ordine pubblico*, voce in *Enciclopedia Italiana*, 1935, 1130: “*A seconda della branca del diritto in cui è impiegata, ad essa è demandata la funzione di limite alla libertà e all'azione dell'individuo, di limite all'operatività di regole poste dai singoli nell'esercizio dell'autonomia privata, nonché di limite all'inserzione di regole derivanti da un ordinamento straniero (nel diritto internazionale privato)*”. La letteratura giuridica sul tema è molto ampia e tocca punti di visuale della nozione di ordine pubblico, a seconda delle branche del diritto, molto diverse. Perlopiù il tema è trattato in materia di diritto civile: G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019. In materia penale si veda invece F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *La questione criminale*, 1975, 221 ss.; in diritto costituzionale si vedano A. PACE,

Dalla Costituzione l'ordine pubblico risulta richiamato più volte e a vario titolo, isolatamente o in collegamento con altri elementi, quali sicurezza, incolumità, buon costume o altro. Pertanto, viene eliminata la regola, propria dell'ordinamento anteriore alla Costituzione, secondo cui l'ordine pubblico svolgeva la funzione di limite immanente di ciascuna libertà civile, ed introdotto il criterio più analitico che distingue e qualifica la disciplina di ciascuna libertà in relazione a specifici interessi pubblici. Così, ad esempio, si fa riferimento alla sicurezza come limite della libertà di circolazione, art. 16, e della libertà di riunione, art. 17, ovvero alla incolumità pubblica come limite della libertà domiciliare, art. 14, e della libertà di riunione, art. 17.

La definizione normativa del concetto di ordine pubblico come istituto di diritto amministrativo è contenuta nell'art. 159, decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, il quale prevede appunto che *«le funzioni ed i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e sicurezza pubblica (...) concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni»*.

Il concetto di ordine pubblico non era mai stato, prima di questa norma, definito con una formula di diritto positivo. Esso ha un contenuto complesso, perché si riferisce non solo a quel particolare stato di fatto della società in cui sia la collettività che i singoli consociati debbono essere garantiti da ogni lesione al normale e pacifico esercizio dei loro diritti, ma anche allo specifico profilo della sicurezza pubblica come salvaguardia della sicurezza fisica delle persone, intesa sia come incolumità personale sia come integrità patrimoniale. Tale definizione sembra dunque conforme alla nozione tradizionalmente recepita della Corte Costituzionale, che peraltro ha precisato che la locuzione *“interessi pubblici primari”*, utilizzata dall'art. 159, co. 2, d.lgs. n. 112/1998, deve essere interpretata nel senso di considerare *“non qualsiasi interesse pubblico, alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile”*⁸.

Come anticipato, l'articolo 16 della Costituzione ammette limitazioni agli spostamenti personali: *“Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza.”*

Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana, in *Arch. Giur.*, vol. XXIV, fasc. 1-2/1963, 113 ss.; L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 130; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979; A. CERRI, voce *Ordine pubblico (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XII, Roma, 1991; C. MEOLI, voce *Ordine pubblico (dir. amm.)*, www.treccani.it, 2012; R. NIRO, *il “posto” di sicurezza e ordine pubblico nella Costituzione italiana, nel pensiero di Alessandro Pace. Nel segno del costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, fasc. 6/2019, 3429 ss.

⁸ V. Corte Costituzionale, sentenze 19 giugno 1998, n. 218 e 25 luglio 2001, n. 290.

In questa previsione sembra quindi potersi fondare la legittimità dell'istituto del coprifuoco, come limitazione oraria alla circolazione destinata a tutelare l'ordine pubblico, inteso, come visto, quale parte ampia dell'ordinamento giuridico interesse al cui interno si collocano ulteriori valori che lo compongono, quale può essere il mantenimento della sicurezza sanitaria e tramite essa il mantenimento della salute del singolo cittadino⁹.

Ciò che è interessante notare, tuttavia, è come il concetto di ordine pubblico non sia mai stato collegato prima dell'emergenza Covid in modo così diretto e immediato, seppur non chiarito, alla tutela della salute pubblica.

Se, come visto, tale possibile contenuto sembra astrattamente fondato a livello costituzionale e affermato a livello positivo, a livello applicativo si assiste ad una inedita espansione concreta del concetto di ordine pubblico. Questo diventa così un genus in grado di abbracciare non solo la tradizionale tutela dell'ordine, della sicurezza e della pace sociale, ma anche un qualsiasi situazione che astrattamente, ove non governata, possa ledere i diritti essenziali del cittadino. Se si assiste oggi all'emersione implicita del concetto di ordine pubblico sanitario, in grado di attivare poteri ed istituti nati per tutt'altra situazione, domani potremmo assistere alla nascita, ad esempio, di un ordine pubblico ambientale o economico, quale necessità di regolare dei settori che, in caso di crisi, possono ledere dei diritti fondamentali.

Il fatto che nel caso di specie le misure siano ancorate all'articolo 16 della Costituzione, che parla esplicitamente di soli motivi sanitari o di sicurezza, non deve rassicurare eccessivamente: come visto, infatti, proprio nel concetto di sicurezza, e dunque di ordine pubblico, la stessa giurisprudenza costituzionale ha fatto rientrare tutto ciò che inerisce all'ordinata convivenza civile. Una definizione ampia le cui declinazioni sono potenzialmente imprevedibili.

2. *Il coprifuoco precauzionale*

Tale misura tuttavia, nel caso di specie, essendo motivata non da una necessità cogente ma esclusivamente dalla necessità incerta ed eventuale di ridurre un rischio futuro, quale quello di contagio, risponde anche all'applicazione del principio di precauzione¹⁰.

⁹ Non si approfondisce il tema delle limitazioni alla libertà di circolazione nel diritto costituzionale, oggetto già di ampi studi. Per la giurisprudenza si rimanda alle note *infra*, in dottrina: M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (Libertà di)*, in *Enc. del Dir.*, VII, 1960, 22; U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 378; C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2020, 95.

¹⁰ V. anche E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della « scienza incerta » in tempo di pandemia*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1/2021, 137 ss.

Questo principio, nato concettualmente negli anni Trenta ma evolutosi dagli anni Settanta, è emerso principalmente nel diritto ambientale, quale diritto applicato ad un sistema di dimensione transnazionale, di difficile prevedibilità e con una evoluzione tecnologica continua. Tuttavia, oggi si ritiene si possa considerare un principio permeante la gestione in tutti i casi in cui l'attività amministrativa deve svolgersi in presenza di presupposti tecnico-scientifici incerti, in contesti che presentano elevati rischi per l'integrità di diritti e interessi dei soggetti dell'ordinamento e in tutti quei casi connotati da grande incertezza sulle azioni necessarie da intraprendere¹¹.

Questo principio è stato definito dal giudice europeo come "il principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici"¹². Nel nostro ordinamento è ormai richiamato, con il rinvio implicito operato dall'art. 1, legge 7 agosto 1990, n. 241, come principio generale dell'azione amministrativa, oltre ad essere esplicitamente previsto dall'art. 301, decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e da altre normative di settore¹³.

¹¹ "Tale principio è stato usato in molti documenti politici internazionali, come Dichiarazioni, Raccomandazioni o Accordi aventi valore legale. La Carta mondiale della natura, approvata nel 1982 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, non usa esplicitamente il termine precauzione, ma in modo implicito. Il testo, approvato nel 1990 alla Conferenza internazionale per la salvaguardia del Mare del Nord, afferma che si debbono prendere iniziative cautelative anche in assenza di prove scientifiche di un nesso tra emissione di rifiuti tossici ed effetti dannosi. Quando si cita la nascita del principio il documento cui si fa più spesso riferimento è la Dichiarazione su ambiente e sviluppo della Conferenza delle Nazioni Unite di Rio de Janeiro del 1992." Così M. IACCARINO, *Principio di precauzione*, in *Enc. It.*, vol. VII Appendice, Roma, 2007; V. anche M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 174 ss.; V. anche T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e negli altri stati membri della comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2003, 1233 ss.; F. FONDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 907 ss.; L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc. 6/2006, 809 ss.; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 6/2005, 1673 ss. In giurisprudenza: Corte cost., sent., 8 maggio 2009, n. 151; Cons. Stato, Sez. IV, sent., 27 marzo 2017, n. 1392 e Cons. Stato, Sez. V, sent. 27 dicembre 2013, n. 6250: "Il principio di precauzione, ex art. 191 ffUe e art. 301 d.lg. n. 152 del 2006, i cui tratti giuridici si individuano lungo un percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi-carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura". V. anche I. M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, III, 2177 ss.

¹² Trib. CE, Sez. II ampliata, 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00 e altre, Artedogan; anche Trib. CE, sent., 21 ottobre 2003, causa T-392/02, Solvay.

¹³ Che richiama l'art. 174, par. 2, TCE; si veda anche, ad esempio, l'art. 104, comma 4, Codice del consumo, decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

Per trovare uno dei primi ingressi nella giurisprudenza costituzionale del principio di precauzione quale mezzo di decisione si deve fare riferimento alla sentenza della Corte costituzionale del 24 ottobre 2005, n. 406. È però certamente di maggiore interesse la successiva sentenza della Corte costituzionale 8 marzo 2006, n. 116, con la quale la Consulta statuisce per la prima volta che: *“l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici» (sentenza n. 282 del 2002)”*.

In questa sentenza il principio di precauzione serve a limitare uno dei principi coinvolti nel bilanciamento di valori, la libertà economica, per evitare che arrechi danni eccessivi ad altri, quali l'ambiente e la salute. Tale fine, come osserva la stessa Consulta, discende dallo stesso testo costituzionale, ove si prevede al comma 2 dell'art. 42 della Costituzione che la libertà di iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e quindi non deve provocare *danni sproporzionati all'ambiente e alla salute*. In realtà questo aggancio costituzionale è importante per supportare l'operazione ermeneutica che porta a condizionare il bilanciamento dall'esterno per mezzo del principio di precauzione¹⁴. A ben vedere il legislatore non cita tale principio fra quelli confliggenti, ma questo è richiamato dalla Consulta, che lo fa intervenire comunque sulla scena per via interpretativa. Il principio di precauzione è così strumentale alla più efficace tutela di uno o più dei principi interni, segnatamente salute e ambiente. Questo impedisce che uno dei termini del bilanciamento venga eccessivamente sacrificato nella tensione con l'altro e lo fa segnando un limite all'azione del principio confliggente in base alla considerazione che vi sia incertezza scientifica in merito al rischio di danni per ambiente e salute¹⁵. In sostanza il principio di precauzione non è compreso fra i principi da bilanciare ma limita uno di essi in favore dell'altro, operazione già tentata con la citata sentenza della Corte costituzionale n. 282/2002, che però non esplicita ancora così chiaramente l'utilizzo di tale principio. In questo caso la Corte indica, infatti, solo la necessità che l'intervento normativo si fondi su *specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti*¹⁶. Il legislatore, sempre secondo tale sentenza, può far ricorso al principio, ma non per “valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso

¹⁴ Come osserva G. DI COSIMO, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in *Forum quad. cost.*, 2015, 1.

¹⁵ Il principio *implica una forma di bilanciamento, con una preferenza per l'avversione al rischio*: C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, trad. it., Bologna, 2010, 81.

¹⁶ Concetto ripreso da ultimo dalla sent. Corte cost., 1° dicembre 2014, n. 274, sul caso Stamina.

legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“*essenziale rilievo*” che, a questi fini, rivestono «*gli organi tecnico-scientifici*» (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica”. Il legislatore non può dunque invocare arbitrariamente il principio e la Corte si riserva di valutare l'effettiva presenza dei presupposti per applicarlo¹⁷.

Ciò che emerge, in sostanza, è che la scelta di adottare misure precauzionali debba essere il risultato di una volontà politica e di una valutazione amministrativa avvalorata da fondamenti scientifici, che porta nella maggior parte dei casi ad un bilanciamento tra interessi costituzionalmente garantiti, attribuendo, di fatto, al principio di precauzione il ruolo di “principio di azione” successivo ad una decisione politica e, al tempo stesso, di regola procedurale che impone altresì il rispetto dei canoni di trasparenza, pluralismo ed emendabilità¹⁸. Da questa impostazione deriva che la decisione politica basata sul principio di precauzione è particolarmente complessa, perché non solo, pur dovendo necessariamente soffrire di insufficienza di dati scientifici deve pur sempre basarsi su quanto scientificamente si sa al momento¹⁹, ma anche perché è finalizzata sempre a contemperare opposte esigenze, bilanciando valori di beni materiali e valori di beni non materiali, dovendo altresì giustificare il ricorso al principio di precauzione stesso. Infine, per quanto si sia di fronte ad un rischio potenziale, tale condizione di incertezza deve contemperare un altro rischio: “*che il ricorso al principio di precauzione possa giustificare decisioni immotivate*”. L'arbitrarietà si irradierebbe inevitabilmente sulle misure da adottare, favorita tra l'altro dall'ampio margine di potere discrezionale inevitabilmente riconosciuto ai decisori in ragione della impossibilità di predefinire risposte appropriate a situazioni possibili e anzi imprevedibili²⁰.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha utilizzato estesamente il prin-

¹⁷ “*Il principio di precauzione permette alle istituzioni comunitarie di adottare, nell'interesse della salute umana ma sulla base di conoscenze scientifiche ancora lacunose, misure di protezione che possono ledere, finanche in modo profondo, posizioni giuridiche tutelate e, a questo proposito, conferisce alle istituzioni un margine discrezionale notevole. In tali casi il rispetto delle garanzie previste dall'ordinamento giuridico comunitario nei procedimenti amministrativi riveste un'importanza ancor più fondamentale. Tra tali garanzie figura in particolare l'obbligo per l'istituzione competente di esaminare con cura e imparzialità tutti gli elementi pertinenti della fattispecie. Ne consegue che lo svolgimento di una valutazione scientifica dei rischi il più esaustiva possibile, sulla base di pareri scientifici fondati sui principi dell'eccellenza, della trasparenza e dell'indipendenza, costituisce una garanzia procedurale rilevante al fine di assicurare l'oggettività scientifica delle misure e di evitare l'adozione di misure arbitrarie.*” Tribunale UE di Primo Grado, sent., 11 settembre 2002, T-13/99, Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell'Unione Europea.

¹⁸ L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004, 323.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. IV, sent. 27 marzo 2017, n. 1392.

²⁰ A. M. CAMPANALE, *Tra precauzione e prevenzione. misure di sicurezza anticontagio e tutela della privacy*, in *La. giur.*, 8-9/2020, 803 ss.

cipio di precauzione, sottolineandone sempre i caratteri costitutivi²¹, quali incertezza scientifica sul rischio da affrontare ma fondamento scientifico terzo e indipendente delle misure adottate e necessità che la misura adottata sia proporzionale al fine atteso: “*anche la costante giurisprudenza ha ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi – carattere necessario delle misure adottate, presuppone l’esistenza di un rischio specifico all’esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura (ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 6250/2013; Cons. Giust. Amm. Sicilia Sez. Giurisd., n. 581/2015; Cons. Stato, sez. IV, n. 1240/2018).*”²².

Orbene, nel caso del coprifuoco, il principio di precauzione viene utilizzato per limitare la libertà di circolazione con il fine di tutelare la salute pubblica²³.

In questa concreta applicazione, come visto, il principio deve rispettare talune condizioni: deve esserci una situazione di rischio, un solido fondamento scientifico delle misure introdotte, e queste, in quanto limitative della libertà di movimento, devono essere temporanee, ragionevoli e strettamente proporzionali al risultato voluto²⁴.

Circa il fondamento scientifico del coprifuoco, si deve valutare come la riunione del comitato tecnico-scientifico del 3 novembre, data in cui è stato introdotto tale misura per la prima volta, non consente di trarre alcun dato circa

²¹ V. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, sent., 11 novembre 2014 n. 5525 e Cons. Stato, Sez. V, sent. 18 maggio 2015, n. 2495.

²² Cons. Stato, Sez. III, sent., n. 6655/2019.

²³ Corte cost., sent., 28 novembre 2012, n. 264. Sul punto, giova citare anzitutto la Corte costituzionale, sentenza n. 85/2013, che sottolinea come: “*non si può condividere l’assunto [...] secondo cui l’aggettivo ‘fondamentale’, contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un ‘carattere preminente’ del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come ‘valori primari’ (sentenza n. 365 del 1993[...]) implica una ‘rigida’ gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e ricendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come ‘primari’ dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuzione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale’*”. V. L. FABIANO, *La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid 19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del governo italiano*, in www.biodiritto.org, 16 marzo 2020. Anche G. L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in www.giurcost.org, 6 aprile 2020. Ha effettuato una ricognizione del tema anche M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell’epidemia da covid-19*, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 3/2020, 282 ss.

²⁴ Peraltro, si potrebbe ipotizzare che tali misure limitino, parzialmente, anche la libertà personale di cui all’articolo 13 della Costituzione.

la scientificità della decisione²⁵. Questa non risulta specificamente discussa e non sono allegati dati, quantitativi e qualitativi, che attestino la necessità di tale misura²⁶.

Anzi, alcuni membri dello stesso Comitato hanno più volte sottolineato che tale misura non ha alcun fondamento scientifico²⁷.

Allo stesso modo si dubita che tale misura possa considerarsi strettamente temporanea, considerando che dall'introduzione alla sua rimozione saranno passati circa 8 mesi, più di quanto si sia mantenuto il coprifuoco durante la Seconda guerra mondiale, e la sua stessa proporzionalità è impossibile da dimostrare, non essendoci, come detto, alcuno studio o dimostrazione scientifica circa la sua utilità o efficacia²⁸.

Sembra pertanto potersi dire che, durante l'emergenza Covid, il principio di precauzione sia emerso come principio-criterio di bilanciamento in grado di assicurare alla tutela della salute una preminenza assoluta sugli altri valori e libertà da bilanciare. In questo senso, anche senza fondamenti scientifici solidi e senza particolari assicurazioni di temporaneità e proporzionalità tale principio ha consentito di comprimere, fin quasi a obliterare, molteplici libertà personali, nonché ulteriori principi dell'ordinamento, quali quelli di sussidiarietà verticale e leale collaborazione con le regioni. Queste ultime infatti, in particolare, che si sono trovate del tutto esautorate da qualsiasi decisione in merito all'applicazione del coprifuoco e si sono viste imporre un trattamento uguale per l'intero territorio nazionale, indipendentemente dai propri dati specifici di contagio, senza alcuna

²⁵V. <http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-sanitario/emergenze/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus>.

²⁶ Si tralascia in questa sede il tema formale per cui, allora, tali limitazioni di libertà costituzionali erano introdotte non con legge ma con DPCM.

²⁷ *Non esistono dati scientifici su cosa comporti avere un coprifuoco alle 22 o alle 23. Il Cts ha espresso un suo parere con il solo obiettivo di una mitigazione del rischio ma la decisione è stata presa dalla politica, come sempre.* Così Sergio Abrignani, immunologo dell'università Statale di Milano e componente del Comitato tecnico scientifico (CTS) per l'emergenza coronavirus, alla trasmissione "Agorà", 27 aprile 2021. O ancora, un altro membro del CTS, Fabio Ciciliano, in data 9 maggio 2021 ha dichiarato: "Sul coprifuoco il Comitato non si è mai pronunciato, ci sono pochissimi elementi per valutare dal punto di vista scientifico la questione e quindi si tratta di una decisione esclusivamente politica. È indubbio che il coprifuoco limiti la circolazione delle persone e quindi se ci sono meno persone in giro c'è meno capacità di trasmettere il virus". Si veda ancora: *No al terrorismo, il coprifuoco non incide sulla diminuzione dei contagi*, così Matteo Bassetti, direttore della Clinica Malattie Infettive del Policlinico San Martino di Genova, oltre che professore ordinario di Malattie infettive all'Università di Genova e Presidente della Società Italiana di Terapia Antiinfettiva, intervenuto alla trasmissione "L'aria che tira", 26 aprile 2021. Del resto, lo stesso CTS ha dichiarato esplicitamente che neanche per la prima introduzione del coprifuoco il Comitato aveva mai espresso una posizione scientifica.

²⁸ V. anche, sulla scarsa scientificità delle misure prese per fronteggiare l'emergenza, A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in www.federalismi.it, 2020.

possibilità di diversificazione o modulazione della misura nel proprio territorio²⁹.

In proposito diverse regioni hanno tentato di detagliare in modo diverso le normative nazionali utilizzando i propri poteri di ordinanza, incorrendo sempre nelle censure dei tribunali amministrativi aditi, sulla scorta, invero mai dimostrata, della necessaria unitarietà degli interventi tesi a fronteggiare l'epidemia³⁰. Al momento un solo caso, sollevato dalla regione Val d'Aosta, è arrivato ad una decisione della Consulta: *“Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale.”* e *“A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).”*³¹.

In questo caso, certamente, si applica la posizione pacifica sull'esercizio unitario delle funzioni in caso di emergenza, chiaramente esposta dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 8 del 21 gennaio 2016, secondo cui: *Non vi è lesione della competenza regionale concorrente nella materia della «protezione civile» (art. 117, terzo comma, Cost.), né interferenza con lo svolgimento delle funzioni ordinarie amministrative (art. 117, sesto comma, Cost.), né ancora un vulnus al principio di sussidiarietà verticale (art. 118 Cost.) o al principio di leale collaborazione, posto che le competenze e tutte le attribuzioni della Regione – quale soggetto già coinvolto nell'organizzazione complessiva dello stato di emergenza – si riespano naturalmente al cessare di una situazione transeunte ed eccezionale, derogatoria dell'assetto ordinamentale. La quale, pur sempre, attiva una competenza che la giurisprudenza di questa Corte ascrive ai principi fondamentali della materia (sentenze n.*

²⁹ Si veda F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in www.federalismi.it, 23 settembre 2020.

³⁰ Tra le varie, TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, sent. 25 agosto 2021, n. 838: *“Infatti, verrebbe fortemente lesa l'unitarietà dell'ordinamento giuridico e l'uguaglianza dei cittadini se ogni Regione, ogni Comune potesse avere un'autonoma strategia di contrasto all'epidemia di Covid-19.”* TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, sent. n. 18/2021: *“In sostanza, le Regioni possono autonomamente adottare provvedimenti derogatori ma solo in senso più restrittivo in presenza di specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario. Nel caso contrario gli eventuali ampliamenti migliorativi avrebbero necessitato comunque il formale atto d'intesa con il Ministero della Salute”*, TAR Toscana, Firenze, Sez. II, sent. 5 marzo 2021, n. 334: *“Dunque, nell'ambito della gestione della pandemia da Covid-19, diffusa a livello globale e perciò affidata interamente alla competenza esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale, le disposizioni limitative della libera circolazione delle persone, incidendo su un diritto costituzionalmente garantito (art. 16 della Costituzione), possono, in base alle suddette fonti normative, essere adottate con ordinanza regionale solo in presenza di ragioni di straordinaria necessità ed urgenza e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico effettivamente presente in determinate aree, e sempre che si tratti di interventi destinati a operare nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M.”*

³¹ V. Corte Cost. sent. 12 marzo 2021, n. 37.

277 del 2008, n. 284 e n. 82 del 2006, n. 327 del 2003224). Tale ricostruzione è peraltro accolta anche dalla scarsa dottrina esistente sulla specifica valutazione costituzionale da darsi alla normativa emergenziale che ricostruisce come, fin dalla legge 8 dicembre 1970, n. 996, si sia affermato che davanti alle grandi calamità dovesse prevalere *unità di indirizzo e di azione*, e che non fosse quello il luogo per sottili dosaggi di poteri³².

Tuttavia, quel che si deve notare, è che la misura del coprifuoco in concreto è pur sempre una applicazione del principio di precauzione, dato che la sua utilità è del tutto eventuale, futura e incerta. Pertanto, forse per la prima volta, si assiste ad una imposizione di tale principio non solo come parametro per limitare taluni diritti e libertà al fine di tutelarne altri, ma anche come parametro con cui trasferire verso l'alto una competenza. Non vale ad escludere tale dinamica neanche la notazione per cui la Consulta farebbe riferimento non tanto alla tutela della salute, quanto alla materia statale della profilassi internazionale, la quale prenderebbe un contenuto così ampio e onnicomprensivo da poter assorbire qualsiasi altro criterio di riparto di competenza. Infatti, come notato: *“la scelta di ricondurre la (eterogenea) normativa regionale in questione unicamente alla materia della «profilassi internazionale», dilatando oltremodo il contenuto di quest'ultima e trasformandola di fatto in una materia “trasversale”, semplifica indebitamente ed altera il riparto di competenze legislative tra lo Stato e le Regioni stabilito dal Titolo V e la relativa, ormai ventennale, giurisprudenza costituzionale”*³³. In sostanza, l'avocazione di competenza allo Stato sembrerebbe quasi più legittima ove si parlasse di necessità di gestione unitaria della tutela della salute che non di profilassi internazionale, dato il collegamento, invero non dimostrato e puramente apodittico, tra misure di prevenzione interna e tutela della salute globale, la quale, al più, si potrebbe considerare tutelata con le ulteriori misure di chiusura delle frontiere esterne³⁴.

Peraltro, anche se volessimo considerare il coprifuoco non una applicazione del principio di precauzione, ma una semplice misura di limitazione alla libertà di

³² Così cita C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AAVV, *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 21-22. La citazione è della sentenza della Corte Cost. n. 28 dicembre 1971, n. 208.

³³ V. A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in Oss. Cost., fasc. 4/2021, 231 ss.. V. anche D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e Regioni, a margine della sentenza n. 37/2021*, in www.forumcostituzionale.it, 17 aprile 2021, 15.

³⁴ Come notato nell'articolo di A. POGGI, G. SOBRINO, *op. ult. cit.*: *“il Titolo V, infatti, non ha «confermato» l'assetto derivante dalla legge del 1978 poiché ha “scisso” nell'art. 117 la più comprensiva materia della sanità (prima ricompresa nel potere statale legislativo residuale) in ben tre diverse competenze: (1) la competenza esclusiva statale sulla profilassi internazionale; (2) la competenza esclusiva statale sui livelli essenziali delle prestazioni in materia di tutela della salute che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; (3) la competenza legislativa concorrente in materia di tutela della salute”*.

circolazione, la necessità che questo rispetti i principi di proporzionalità e ragionevolezza è comunque affermata dalla giurisprudenza costituzionale generale: [...] *Il rapporto fra il diritto alla libertà di movimento ed i limiti all'esercizio dello stesso va riguardato anche alla luce del criterio generale della ragionevolezza, ossia sotto il profilo del giusto rapporto dell'atto allo scopo [...]*³⁵.

La Consulta, infatti, in molteplici occasioni ha affermato che il precetto di cui all'articolo 16 non preclude al legislatore la possibilità di adottare misure che influiscano sul movimento della popolazione, ma sempre a condizioni che si tratti “*di una disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela ed alle diverse esigenze, e sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza*”³⁶.

Orbene, che nel caso di specie la misura, anche a voler tacere delle altre condizioni necessarie ad utilizzare il principio di precauzione, risponda ad un parametro di ragionevolezza è perlomeno dubbio³⁷. Non si capisce come si possa considerare, infatti, ragionevole e proporzionata una misura che non ha uno specifico fondamento scientifico, fosse anche incerto ma almeno ragionevolmente dimostrabile, che comprime per mesi una parte rilevante del diritto di movimento e degli altri diritti connessi, e che viene applicata indifferente su tutto il territorio nazionale in periodi anche molto diversi tra loro, considerato che tra dicembre e maggio la situazione epidemiologica era estremamente differente per gravità e prospettive.

3. Conclusioni

La combinazione tra un istituto così lesivo dell'impianto costituzionale, quale il coprifuoco, e il principio di precauzione sembra porre ampi dubbi sulla legittimità di quanto si è visto accadere.

Ciò tanto più nella misura in cui l'applicazione di questo coprifuoco non è stata basata su dati scientifici certi, è stata originalmente introdotta con atti

³⁵ Sentenza Corte Cost. 19 luglio 1996, n. 264.

³⁶ V. Corte Costituzionale sentenze del 10 maggio 1963, n. 64; 12 marzo 1965, n. 12; 20 dicembre 1988, n. 1111; 18 novembre 1991, n. 51; 19 giugno 1995, n. 261; 29 gennaio 2005, n. 66; n. 264/1996, cit.

³⁷ La Corte costituzionale tedesca, giudicando sulla misura del coprifuoco in Germania, con la decisione del 5 maggio 2021-1 BvR 781/21 ribadisce peraltro proprio l'importanza della ragionevolezza e proporzionalità delle misure. Se infatti alla base della decisione può anche non essere messo un dato scientifico, dato che il legislatore è libero nei fini, la misura deve comunque essere ragionevole e strettamente proporzionata al fine perseguito. Nel caso tedesco, a differenza di quello italiano, la proporzionalità è assicurata dal fatto che il coprifuoco è una misura che si attiva solo superati certi parametri dimensionali di contagio e si disattiva appena i valori tornano sotto questi parametri, applicandosi, inoltre, non per tutto il territorio ma solo per le regioni che hanno valori di contagio troppo alti.

amministrativi, i DPCM, e si è protratta per un tempo molto lungo, equiparando territori e periodi con situazioni molto diverse, il tutto giustificato da un rischio di una possibile lesione della salute di parte dei consociati evidente ma non scientificamente misurato.

Tale misura è massimamente pericolosa perché ammette l'idea che possa essere limitata la libertà di movimento, e per derivazione anche quelle di riunione, manifestazione, iniziativa economica, religione e tutte le altre che per essere godute necessitano di una libera possibilità di muoversi e assembrarsi, tanto che in questo caso la compressione è tale da far sospettare una lesione anche della più intima libertà personale, addirittura con un semplice provvedimento amministrativo, sulla base di un solo sospetto o di una ipotesi non scientificamente fondata. Cosa accadrebbe se uno strumento simile dovesse essere utilizzato da un governo illiberale o se questa estensione della precauzione si iniziasse ad utilizzare per molteplici crisi, ad esempio legate alla sicurezza e all'ordine pubblico³⁸?

Sarebbe pertanto opportuno un rapido intervento censorio della Consulta, non tanto per eliminare una misura che va comunque ad esaurirsi, quanto per mettere dei paletti molto chiari e rigidi in caso di riutilizzo futuro.

L'impressione, conclusivamente, è che ci si trovi di fronte una espansione sempre più pervasiva del principio di precauzione, che solo vent'anni fa era praticamente inesistente, quale effetto di una incapacità delle democrazie moderne di gestire il rischio³⁹. Se, infatti, non si riesce ad accettare l'idea che ogni situazione e ogni godimento di un diritto ha insito in sé il rischio che questa libertà possa ledere qualche altro valore, l'effetto finale, soprattutto in un momento di crisi, è che si preferirà eliminare la libertà stessa, portando ad una gestione accentrata del rischio da parte dello Stato. La stessa sospensione precauzionale della vaccinazione con il vaccino Astrazeneca, avvenuta il 16 marzo 2021 in praticamente tutta Europa senza alcun particolare fondamento scientifico, preferendosi rallentare una campagna destinata ad evitare centinaia di morti al giorno per evitare il rischio ipotetico di qualche morto a causa del vaccino stesso, conferma come il

³⁸ Il coprifuoco, a ben vedere, sembra essere stato più una misura giustificata da una volontà di tipo etico che non una misura a carattere scientifico. Il fine del Governo, più volte peraltro sottolineato dallo stesso, è stato quello di "educare" la popolazione all'auto-responsabilità, inserendo una norma che potremmo definire di austerità: non uscire la sera non era finalizzato tanto a limitare i contagi, assai più rilevanti sul trasporto pubblico diurno o negli uffici, ma a trasmettere un senso di serietà necessaria, di livellamento delle libertà di tutti verso una situazione di eguaglianza al ribasso. Se le leggi suntuarie erano finalizzate a non consentire una ostentazione del lusso, per garantire la pace sociale e la tenuta economica dello Stato, il coprifuoco sanitario sembra essere stato finalizzato a non consentire una ostentazione di libertà, per garantire anch'esso la pace sociale e la tenuta complessiva dei divieti.

³⁹ Si consideri che nella giurisprudenza il principio compare solo alla fine degli anni '90, in rarissime statuizioni. Tuttavia, nel 2019 si contano invece oltre 300 sentenze, tra tribunali amministrativi e Cassazione, che fanno ricorso o utilizzano tale principio.

principio di precauzione stia avendo una espansione probabilmente così ampia da potersi trasformare da valore di garanzia a fattore di inibizione e di limitazione dell'esercizio delle libertà, non solo del privato ma anche del decisore pubblico⁴⁰.

Abstract

Per la prima volta dalla Seconda guerra mondiale l'Italia è tornata a vedere l'applicazione di una specifica misura di limitazione della libertà di movimento, il coprifuoco. Tale misura, tuttavia, sembra essere giuridicamente fondata non su una necessità effettiva, quanto su una necessità precauzionale. Questa combinazione tra strumenti emergenziali di sospensione o compressione di libertà costituzionali e il principio di precauzione pone ampi dubbi di legittimità.

Curfew, precautionary principle and emergency crisis. The decline of constitutional rights

For the first time since World War II, Italy has once again seen the application of a specific measure limiting freedom of movement, the curfew. However, this measure seems to be legally based not on an actual necessity, but on a precautionary necessity. This combination of emergency instruments of suspension or compression of constitutional freedoms and the precautionary principle raises wide doubts of legitimacy.

⁴⁰ Del resto, se le corti, in particolare penali, tendono a giudicare sempre più per interpretazione dei principi che per applicazione della norma, il rischio che un principio settoriale e di dubbia estensione possa trasformarsi in un grimaldello dai confini sfocati, ad uso non più delle sole corti ma anche dei decisori politici, appare evidente. Come osservato da F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, fasc.1/2020, 1248 ss.: è indubbio che l'asse del nostro sistema giuridico si sia notevolmente inclinato a favore del giudice: la inadeguatezza della legislazione e le trasformazioni e accelerazioni della vita sociale ed economica hanno congiurato a favore del "formante" giurisprudenziale, o meglio giudiziario, del diritto anche in materia penale. V. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, 371 ss.; ID., *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisprudizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. Penale*, 3/2020, 45 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1406 ss.; E. MORLINO, *Amministrare e punire. La tutela dell'ambiente tra procedimento amministrativo e processo penale*, Roma, 2021, 1. Il problema emerge evidente fin dalla nascita, o quasi, del principio: G. FRANCO, *Precauzione e rischio socialmente accettabile: criterio interpretativo della legge n. 36/2001*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 5/2001, 429 ss: *Nell'un caso e nell'altro si porranno problemi di sindacato del giudice sui valori limite, in ipotesi, divenuti scientificamente inadeguati in relazione ai sopravvenuti esiti della ricerca di settore, ma si tratta di problemi, gravi sì, ma non nuovi, (e che, comunque, non sembrano imminenti), a risolvere i quali sarà sempre, a nostro sommo avviso, disagevole assegnare al giudice – in specie, penale – il ruolo di supplenza dei c.d. vuoti normativi [...]*.

Affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura

di Maria Francesca Tropea

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le modalità di gestione del servizio di trasporto pubblico locale – 2.1. Il *favor participationis* nel quadro normativo interno e il suo coordinamento con il principio di libera amministrazione – 2.2. La disciplina sovranazionale in materia di affidamenti diretti – 3. Sull'inesistenza di un divieto specifico di affidamenti diretti *in house* per la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale – 4. Possibili scenari a fronte della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione dell'ammissibilità di affidamenti diretti nell'ordinamento italiano – 5. L'avviso di pre-informazione in ipotesi di aggiudicazione diretta o *in house* – 5.1. Il ruolo dell'avviso di pre-informazione alla luce dei principi esposti nella Segnalazione congiunta A.G.C.M., A.N.A.C. e A.R.T. del 25 ottobre 2017 – 6. Prospettive per una valutazione comparativa conforme al principio di tutela della concorrenza – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il presente saggio trae spunto da una recente pronuncia¹ avente ad oggetto l'impugnazione, ad opera di una società di trasporti, degli atti di affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale.

Le censure proposte dalla società estromessa riguardano, nella specie, la mancata ponderazione dell'alternativa del ricorso al mercato, che sarebbe stata invece necessitata per conseguire gli obiettivi di economicità e di qualità del servizio di trasporto pubblico locale, secondo i «“principi desumibili dall'ordinamento euro-unitario in materia di affidamento di servizi di interesse economico-generale” e i precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento ex art. 97, comma 2, della Carta fondamentale»² e, nell'ambito del confronto com-

¹ Cons. St., Sez. V, 6 luglio 2020, n. 4310, in www.giustizia-amministrativa.it. Appello alla sentenza di primo grado T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 7 ottobre 2019, n. 753, *ivi*. Per una nota alla summenzionata pronuncia del Consiglio di Stato, si rinvia a R. STEFFENONI, *Il modulo organizzativo dell'in house providing fa eccezione per il servizio di trasporto pubblico locale*, in www.lamministrativista.it, 29 luglio 2020, ove l'Autore osserva che: «il caso del trasporto pubblico locale fa eccezione allo schema generale in base al quale l'ordinamento richiede generalmente un vaglio più approfondito per la scelta amministrativa di ricorrere all'aggiudicazione di una concessione o di un appalto a soggetti giuridici formalmente distinti ma sottoposti ad un controllo così penetrante da parte di una amministrazione o più amministrazioni da costituirne una sostanziale articolazione organizzativa (c.d. affidamento *in house*) in luogo della scelta di esternalizzare lo stesso servizio in c.d. “outsourcing” tramite una procedura di evidenza pubblica».

² Così si esprime, richiamando i motivi d'appello esposti dall'appellante, il Consiglio di Stato nella summenzionata sentenza, n. 4310/2020, al punto n. 3 di parte motiva.

parativo³ tra le diverse modalità di gestione del servizio, la mancata esposizione delle ragioni per cui, con l'affidamento *in house* – piuttosto che con il ricorso al mercato –, sarebbero stati assicurati «il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori (e) l'economicità della gestione»⁴.

La statuizione del Consiglio di Stato n. 4310/2020, risulta di particolare interesse in considerazione della ritenuta ordinarietà dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico locale a società *in house providing*⁵, sulla scorta dell'art. 5, par. 2, Regolamento (CE) n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007⁶, da leggersi in

³ Per un approfondimento in ordine alla procedura competitiva con negoziazione, con riferimento al quadro normativo di riferimento, al procedimento della procedura competitiva con negoziazione, alla scelta degli operatori da invitare, alla presentazione e ai termini per le offerte, alle negoziazioni individuali, ai criteri selettivi delle offerte e alle offerte anomale, si rinvia R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Torino, 2017, 1116-1128. La procedura competitiva con negoziazione, o procedura negoziata previo bando, è disciplinata dagli artt. 62 e 59, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, "Codice dei contratti pubblici", c.d. "Codice appalti" e s.m.i., in G.U. del 19 aprile 2016, n. 91.

⁴ Così, il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4310/2020, al punto n. 3 di parte motiva.

⁵ Per un contributo in ordine alla natura ordinaria del ricorso all'*in house providing* nel settore dei servizi di trasporto pubblico locale, si legga G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia: "eccezione che conferma la regola"? Alcune riflessioni circa l'interpretazione e l'applicazione europea e nazionale della relativa disciplina*, in www.federalismi.it, n. 24/2020, 5 agosto 2020, 113-154. Per uno sguardo più generale, si legga, invece, più di recente, G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in www.federalismi.it, n. 4/2021, 10 febbraio 2021, 276-303. L'Autore fa riferimento alla materia dei servizi di trasporto pubblico locale con particolare riguardo ad una pronuncia del T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 3 ottobre 2020, n. 683, in www.giustizia-amministrativa.it ove viene stabilito che la disciplina speciale del trasporto pubblico locale di cui al richiamato regolamento comunitario e, nella specie, art. 5, par. 2, Reg. (CE) n. 1370/2007, non richiede un onere motivazionale analogo a quello di cui all'art. 192, d.lgs. 50/2016. Sulla base di tale disciplina, «l'*in house providing* è una modalità affatto ordinaria di affidamento dei relativi servizi». In dottrina, si rinvia a L. TESSAROLO, *Brevi note sull'onere motivazionale dell'affidamento in house alla luce delle sentenze del TAR Liguria nn. 680 e 583 del 2020*, in *Diritto dei Servizi Pubblici*, www.dirittoadeserviziipubblici.it, 16 ottobre 2020.

In giurisprudenza, in merito all'inesistenza di un onere motivazionale circa la scelta di procedere mediante l'affidamento *in house* nel settore dei trasporti pubblici locali, si rinvia a T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 17 luglio 2020, n. 500, in *Foro amm.*, 2020, 7-08, 1508, ove si legge che l'affidamento *in house* costituisce modalità ordinaria e nient'affatto eccezionale di affidamento della concessione dei servizi di trasporto pubblico locale e che, pertanto, non è richiesto alcun onere motivazionale rinforzato in ordine alle ragioni del mancato ricorso al mercato. Ne consegue che una siffatta scelta operata dalla Pubblica amministrazione è sindacabile solo laddove sia inficiata da un travisamento dei presupposti di fatto, di cui all'art. 5, par. 2, Reg. (CE) n. 1370/2007, e/o da manifesta illogicità. In senso conforme, cfr. T.A.R. Bolzano, Trentino-Alto Adige, Sez. I, 14 luglio 2020, n. 179, *ivi*, 2020, 7-08, 1502; T.A.R., Lazio, Roma, Sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680, *ivi*, 2020, 2, 314; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 7 ottobre 2019, n. 753, *ivi*, 2019, 10, 1673.

⁶ Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, «relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70». Il testo completo del Regolamento n. 1370/2007 è disponibile in lingua italiana sul sito www.eur-lex.europa.eu.

combinato disposto con l'art. 18, comma 1, lett. a), Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 5, par. 2, Reg. CE n. 1370/2007, prevede che, salvo che «non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale» hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a società *in house*.

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, «un rapporto di regola ed eccezione» non esisterebbe per il servizio di trasporto pubblico locale, «in forza della disposizione sovranazionale» sopra richiamata (art. 5, par. 2, par. 2, Reg. CE n. 1370/2007) e in ragione «dell'esclusione sul piano interno dal codice dei contratti pubblici di cui all'art. 18, lett. a)». Per questi motivi, difetterebbero le «basi logico-giuridiche della comparazione»⁷ pretesa dalla società di trasporti di fatto estromessa.

Ad avviso del Consiglio di Stato, dunque, sarebbe inapplicabile l'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, che impone invece la comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'*in house* e del ricorso al mercato e che postula il ricorso al mercato quale forma principale di affidamento di pubblici servizi⁸.

⁷ Così si esprime il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4310/2020, al punto n.13 di parte motiva.

⁸ I Giudici di Palazzo Spada richiamano a conforto della propria tesi argomentativa la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ed, in particolare, la sentenza CGUE, Sez. X, 24 ottobre 2019, C-515/18, in www.curia.europa.eu, la quale statuisce che gli Enti locali che intendano aggiudicare direttamente un contratto di servizio di trasporto pubblico locale non siano tenuti a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie al fine di porli nella condizione di formulare un'offerta dettagliata ed idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa. Tale principio di diritto, nella ricostruzione operata dal Consiglio di Stato, troverebbe conferma a livello nazionale in diverse disposizioni: l'art. 61, legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), secondo cui «anche in deroga alla disciplina di settore» le amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale «possono avvalersi delle previsioni» di cui al citato art. 5, comma 2, del regolamento n. 1370/2007». Così si esprime il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4310/2020, al punto n. 15 di parte motiva; l'art. 5, comma 4, del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109, «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze», in G.U. Serie Generale n. 226 del 28 settembre 2018. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 16 novembre 2018, n. 130, in S.O. n. 55, relativo alla G.U. 19 novembre 2018, n. 269), *ius singulare*, «consistente nella legislazione di carattere emergenziale emanata all'indomani del crollo del ponte Morandi, nell'ambito della quale per il trasporto pubblico nel Comune di Genova è stata legittimata la scelta dell'*in house providing* senza la perdita dei trasferimenti statali» previsti dall'art. 27, comma 2, lett. d), d.l. n. 50/2017, recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo», pubblicato in G.U. del 24 aprile 2017, n. 95 e convertito con modificazioni dalla L.

Con riferimento alla censura per cui la comparazione tra le diverse forme di gestione del servizio costituirebbe comunque un presupposto di legittimità dell'affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale, il Consiglio di Stato ravvisava la legittimità della scelta in assenza di comparazione rispetto alle possibili alternative poiché, in presenza di una modalità di affidamento ordinaria⁹ – come da qualificazione operata dalla stessa legislazione sovranazionale (con l'art. 5, par. 2, reg. CE 1370/2007) –, la comparazione rispetto alle possibili alternative non andrebbe ad incidere sulla legittimità della scelta, «che altrimenti perderebbe il suo carattere di soluzione posta su un piano di parità con queste ultime»¹⁰.

Ciò che i Giudici di Palazzo Spada omettono di considerare – quanto meno nell'ambito della disciplina interna – è, non solo l'esistenza di un sistema di disincentivi all'utilizzo di un siffatto modello gestorio (art. 27, comma 2, d.l. n. 50/2017), ma anche e soprattutto la previsione di una regola generale di ricorso al mercato prevista dalla risalente disciplina settoriale (art. 18, D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422)¹¹, rispondente, peraltro, ad una serie di principi di valenza generale, senz'altro applicabili anche in materia settoriale.

21 giugno 2017, n. 96, G.U. del 23 giugno 2017, n. 144, Suppl. Ord. n. 31) e l'art. 21-*bis* del decreto-legge 3 ottobre 2018, n. 119, recante «Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria», in G.U. Serie Generale n. 247 del 23 ottobre 2018. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2018, n. 136, in G.U. 18 dicembre 2018, n. 293, che ha previsto l'inapplicabilità dal richiamato art. 27, comma 2, lett. d), d.l. n. 50/2017, ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, del Reg. CE n. 1370/2007.

⁹ In senso critico rispetto all'esistenza di un modello tale da definirsi ordinario, si rinvia a J. BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 6, 637 ss.. L'Autore sottolinea l'impossibilità di predefinire a priori la forma di gestione maggiormente adeguata per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, nella specie, si legge che: «l'esistenza in tema di servizi pubblici di un principio generale di adeguatezza nel tempo e quindi di necessario adeguamento nel tempo delle forme di gestione. Gli enti locali non possono scegliere una forma di gestione “una volta per tutte”: devono preoccuparsi di verificare la permanente adeguatezza nel tempo della forma scelta e modificarla se le condizioni vengono a mutare. Questo potrà significare il futuro passaggio da una forma di gestione *in house* ad un altro modello, ma potrà ugualmente determinare il passaggio da una modalità di gestione realizzata mediante una gara ad evidenza pubblica per una gestione *in house*».

¹⁰ Così si esprime il Consiglio di Stato nella sentenza in discorso, n. 4310/2020, al punto n. 17 di parte motiva.

¹¹ «Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59», in G.U. n. 287 del 10 dicembre 1997.

2. *Le modalità di gestione del servizio di trasporto pubblico locale*

Come noto, il servizio di trasporto pubblico locale assume una notevole rilevanza per lo sviluppo economico di qualsivoglia Paese¹².

Definito sinteticamente il percorso logico-argomentativo seguito dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra richiamata nell'affermare l'ordinarietà del ricorso all'affidamento diretto a società *in house* nel settore dei trasporti pubblici locali, il presente contributo si soffermerà per lo più sulla delicata disciplina in materia di gestione dei suddetti pubblici servizi.

Il quadro normativo di riferimento sulle modalità di affidamento del servi-

¹² In questa stessa direzione e a conferma di tale affermazione deve richiamarsi quanto affermato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti, c.d. A.R.T., istituita ai sensi dell'art. 37 del d.l. n. 201/2011, nella sua quarta relazione annuale al Parlamento dell'anno 2017, ove si legge che «Il grado di efficienza dei sistemi di mobilità è diventato l'indicatore chiave dello sviluppo di un Paese e delle sue infrastrutture, nonché della sua capacità competitiva sui mercati globali, ivi compresi quelli dei capitali». La relazione annuale al parlamento è reperibile su www.autorita-trasporti.it. In questo senso, si veda, in dottrina, G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl*, cit., 113 e, anche nel senso della qualificazione del servizio di trasporto pubblico, in termini di servizio pubblico per eccellenza, G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2018, 331-343, ove è possibile comprendere la valenza attribuita a tale tipo di servizio in termini di servizio pubblico da tale affermazione «*Public passenger transport service is a public service par excellence, as such considered also by community law*». Inoltre, tra le prime righe dell'opera appena citata, l'Autore richiama la c.d. "legge Giolitti", 29 marzo 1903, n. 103, quale primo intervento del Legislatore italiano attraverso cui il trasporto pubblico è stato considerato come servizio pubblico «in quanto attività destinata al soddisfacimento di esigenze di ordine collettivo e perciò istituita ed organizzata dai pubblici poteri in modo tale da assicurarne l'esplicazione in termini di doverosità e nel rispetto dei principi di universalità, continuità e qualità gestionale». Negli stessi termini, si veda F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Public passenger transport services: measures for guaranteeing performance*, in ID., a cura di, *Il trasporto pubblico locale. Principi generali e disciplina di settore*, Vol. I, Napoli, 2018, 1, ove si legge che «*The Italian legislature has considered public transport a public service all the way back to Law no. 103 of 29 March 1903 (so-called Giolitti Law) due to its key objective of satisfying collective needs*» e, ancora, «*All the laws regulating public transport throughout the years reaffirmed its qualification as a public service*». A questo proposito, gli Autori hanno richiamato le disposizioni di cui all'art. 1 della L. n. 422/1997 e 14 e 106 TFUE, a livello europeo. Meno di recente, ma di fondamentale rilievo, si richiama altresì M. MIDIRI, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2014, 133, che definisce più in generale il settore dei servizi pubblici locali come settore rilevante per lo sviluppo economico. Da ultimo, si legga S. MOCETTI, G. ROMA, *Trasporto pubblico locale: passato, presente e futuro*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 615/2021, nel sommario è contenuta una breve descrizione di quanto esposto dal contributo, nella specie: «Il trasporto pubblico locale (TPL) costituisce un importante fattore di crescita e competitività dei territori. Il lavoro descrive il funzionamento di questo servizio nelle principali città italiane, fornendo un confronto a livello internazionale e un'analisi dei divari all'interno del nostro paese. Si mettono in evidenza sia i possibili effetti che una maggiore efficienza del TPL produce sulla mobilità delle persone, sul mercato del lavoro e su quello immobiliare, sia i legami tra performance del TPL e fattori di natura gestionale e istituzionale. Il lavoro analizza inoltre il comparto nel contesto della pandemia, delineando alcune prospettive per il suo sviluppo futuro».

zio di trasporto pubblico locale – procedura concorsuale per la scelta del gestore del trasporto regionale e locale, quale regola generale, di cui all’art. 18, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 422/1997¹³; *in house providing*¹⁴, nei limiti di cui all’art. 4-*bis* della l. n. 102/2009¹⁵ e del par. 4, dell’art. 5 del Regolamento CE n. 1370/2007¹⁶

¹³ L’ultimo periodo del comma 3-*bis* dell’art. 18, d.lgs. n. 422/1997, così recita: «Trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera a)». Il D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 «Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell’articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59», meglio noto come “Decreto Burlando”, è pubblicato in G.U. n. 287 del 10 dicembre 1997. Per una ricostruzione organica del percorso storico sul tema della delega conferita al Governo per la riforma del settore, prima dell’emanazione del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, si rinvia a S. BUSTI, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in A. CLARONI, a cura di, *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, Trento, 2011, 25 ss.

¹⁴ Si tratta di una disciplina speciale di affidamento *in house* applicabile solo ai trasporti pubblici locali, di cui si dirà meglio nel prosieguo, contemplata nell’art. 5, par. 2 del Regolamento CE n. 1370/2007. Per una prima riflessione in ordine alla trasposizione della disciplina europea nel quadro normativo interno tracciato a livello nazionale, si rinvia a M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it, n. 13/2010; per un resoconto più recente, si rinvia invece a L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, I, 2015, 129-145.

¹⁵ L’art. 4-*bis* rubricato «Disposizioni in materia di trasporto pubblico» della l. 3 agosto 2009, n. 102, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali», pubblicata su G.U. del 4 agosto 2009, n. 179 – Suppl. Ord. n. 140, così recita: «Al fine di promuovere l’efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all’articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell’affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo. Alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all’articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all’articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatrici di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano».

¹⁶ A sostegno dell’esistenza di un vero e proprio *favor participationis* dell’intero assetto normativo comunitario, *rectius* euro-unitario, deve richiamarsi il parere reso dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 13 febbraio 2018, n. AS1513, reperibile in www.agcm.it, in seno alla vicenda Comune di Roma – Proroga dell’affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale ad A.T.A.C. S.p.a., ove l’AGCM ha precisato che: «è pacifico che l’intero impianto normativo del Regolamento si caratterizza per un *favor* nei confronti del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, indirizzato a tutelare al massimo il principio della libera concorrenza. Di talché, eventuali deroghe allo stesso – quali le proroghe dell’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (a maggior ragione se concesso nella forma dell’*in house providing*) – sono ammesse solo in circostanze eccezionali. Dette circostanze sono, innanzitutto, tassativamente tipizzate dall’art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, il quale ritiene legittime le proroghe dell’affidamento del servizio solo ed esclusivamente per evitare l’“interruzione del servizio” o far fronte ad un “pericolo di imminente interruzione del servizio”. Inoltre, esse, proprio in quanto eccezionali, sono soggette ad un’in-

e affidamento diretto ad un soggetto terzo, in ipotesi di servizi per ferrovia sotto-soglia¹⁷ – risulta particolarmente complicato, stante la sussistenza di una

terpretazione restrittiva». Si segnala che A.G.C.M. ha impugnato, in un giudizio innanzi al T.A.R. Lazio, Roma, la proroga dell'affidamento *in house* ad A.T.A.C. S.p.a. dei servizi di trasporto pubblico locale di Roma Capitale, lamentando altresì una restrizione alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE. La proroga, infatti, nella ricostruzione operata dall'*Antitrust* risulterebbe idonea a ostacolare la concorrenza nel mercato dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale poiché ostacola l'affidamento mediante gara, anche in violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Pare opportuno segnalare che il Collegio ha tuttavia ritenuto non condivisibile la lettura dell'art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, con la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680, in *Foro amm.*, 2020, 2, 314. La pronuncia assume fondamentale rilievo anche perché del tutto in linea rispetto alla sentenza del Consiglio di Stato richiamata in introduzione, n. 4310/2020, circa l'ordinarietà del ricorso all'*in house* nel settore in questione. La massima di diritto estrapolata è la seguente: «L'ambito dell'affidamento delle concessioni del servizio di trasporto pubblico locale è contraddistinto da una disciplina speciale di fonte euro-unitaria, caratterizzata da una liberalizzazione non integrale, trattandosi di settore non soggetto per intero al regime della concorrenza. Tale affermazione trova fondamento nell'art. 106, comma 2, T.F.U.E., ai sensi del quale «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione». Da ciò discende che l'affidamento *in house* costituisce modalità ordinaria e nient'affatto eccezionale di affidamento della concessione dei servizi di TPL; i presupposti della scelta di tale modulo organizzativo del servizio di TPL consistono esclusivamente nel ricorrere dei requisiti previsti dall'art. 5.2 del Regolamento n. 1370/2007, senza alcun onere motivazionale “rinforzato” circa le ragioni del mancato ricorso al mercato; la decisione di avvalersi della forma di gestione *in house* costituisce il frutto di una scelta ampiamente discrezionale, sindacabile dal G.A. solo laddove sia inficiata da un travisamento dei due sopra citati presupposti di fatto e/o da manifesta illogicità».

¹⁷ Si segnala, per completezza in merito alle modalità di gestione dei servizi di trasporto pubblico locale, un arresto giurisprudenziale che ha escluso il ricorso alla procedura di *project financing* per gli affidamenti nel trasporto pubblico locale. Trattasi della pronuncia resa dal T.R.G.A., Sezione Autonoma di Bolzano, 5 febbraio 2019, n. 23, in www.giustizia-amministrativa.it, inerente a un provvedimento amministrativo di rifiuto dell'ente di governo del servizio di trasporto pubblico locale a valutare una proposta spontanea per una concessione del servizio mediante finanza di progetto. Le ragioni addotte dal Tribunale di Giustizia Amministrativa di Bolzano nella sentenza appena richiamata si rinvergono, in primo luogo, nella insussistenza del requisito della realizzazione di nuovi impianti o infrastrutture e in quanto non necessita del coinvolgimento di risorse private. In secondo luogo, un ulteriore elemento atto ad escludere l'operatività di tale procedura per il trasporto locale si individua nella circostanza che trattasi di un ambito caratterizzato da un elevato tasso di contribuzione pubblica e, quindi, da una significativa copertura finanziaria pubblica. Da ultimo, i giudici amministrativi hanno evidenziato come, l'attribuzione del vantaggio concorrenziale collegato alla presentazione di una proposta di *project financing* sia invero subordinata alla configurabilità della traslazione del rischio di gestione connesso all'espletamento del servizio in capo al concessionario o proponente. Nel caso di specie, non sussisterebbero significativi rischi gestionali in capo al proponente, quanto meno sul lato della domanda, in quanto il gestore ha comunque la certezza della remunerazione dei costi di produzione del servizio oggetto di concessione, godendo di contribuzioni pubbliche.

disciplina euro-unitaria da coordinarsi, non senza difficoltà interpretative, con quella interna.

Il Legislatore nazionale ha posto particolare attenzione alla tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici di trasporto passeggeri a livello locale e regionale, già a partire dal d.lgs. n. 422/1997 e, più precisamente, dalla modifica avvenuta con il d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400¹⁸, prevedendo una regola generale di affidamento dei contratti di servizio mediante ricorso alla gara.

Tuttavia, nel contesto ordinamentale interno, la tendenza evidenziatasi nel settore del trasporto pubblico regionale e locale sino a oggi è stata quella di privilegiare gli affidamenti *in house*¹⁹.

La richiamata riforma del settore, ad ogni modo, nonostante la sua portata avanguardistica, non ha ancora potuto esplicitare i suoi effetti, in considerazione del fatto che, a livello comunitario, viene mantenuto un atteggiamento di apparente neutralità o, addirittura, indifferenza, in ordine alle modalità di gestione del servizio.

Per meglio chiarire il contesto ordinamentale esistente in materia, occorre altresì effettuare una distinzione tra appalti di servizi di trasporto pubblico locale su gomma e concessioni di servizi pubblici di trasporto passeggeri mediante autobus, tram, metropolitana e ferrovia.

Nel primo caso, infatti, la disciplina applicabile va individuata nelle diret-

¹⁸ D.lgs. 20 settembre 1999, n. 400, «Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, recante conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale», in G.U. n. 259, del 4 novembre 1999.

¹⁹ Si tratta di una tendenza in contrasto con quanto affermato dai giudici del Consiglio di Stato già nel 2008 (Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it), sulla gestione dei servizi pubblici *in house* configurata esplicitamente come deroga ai principi del diritto europeo e in particolare come limite all'attuazione del principio della concorrenza, che invero dovrebbe trovare spazio anche nell'ambito dei pubblici servizi. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale fondato sui principi espressi dalla Corte di Giustizia UE, che qualifica come assolutamente stringenti i presupposti che devono sussistere al fine di ammettere la deroga alle libertà economiche mediante il ricorso all'*in house*. In questo senso, si richiamano le sentenze CGCE, 11 gennaio 2005, causa C 26/03 (*Stadt Halle*); Id., 6 aprile 2006, causa C 410/04 (*Anav*); Id., 13 settembre 2007, causa C 260/04; Id., 13 ottobre 2005, causa C 458/03, tutte in www.curia.europa.eu. Per fornire dei dati numerici si legga la Relazione 2019 della Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, *Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati da Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni e relative analisi*, con la quale la Corte riferisce al Parlamento su: «Gli organismi partecipati dagli enti territoriali», adottata con deliberazione n. 29/SEZAUT/2019/FRG, il cui testo integrale è disponibile in www.corteconti.it. La citata Relazione 2019, cit., 11, evidenzia, per gli affidamenti dei servizi pubblici locali «la netta prevalenza di affidamenti *in house* mentre le gare con impresa terza risultano essere soltanto 878 (su un totale di 14.626 affidamenti) e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, 178. Stante la predominanza degli affidamenti diretti – che, in continuità con quanto già osservato l'anno precedente, incidono sul totale nella misura del 93% – si avverte l'esigenza di monitorare la sussistenza dei requisiti del “controllo analogo” ai fini della loro legittimità, e del “controllo analogo congiunto” nelle ipotesi di partecipazione plurima».

tive²⁰ in materia di concessioni ed appalti del 2014 (c.d. Pacchetto direttive nn. 2014/23/UE²¹, 2014/24/UE²² e 2014/25/UE²³), nella parte in cui non siano derogate dal Regolamento settoriale di cui si è detto, n. 1370/2007²⁴.

²⁰ Le direttive europee individuano i contratti esclusi, in tutto o in parte dal loro ambito applicativo, sulla base di distinti criteri: «a) esclusioni per tipologia di oggetto o settore; b) esclusioni per ragioni di soglia economica, secondo un criterio quantitativo; c) esclusioni implicite connesse all'ambito territoriale di competenza dell'UE; d) esclusioni implicite per tipologia». Così R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 222. L'Autrice chiarisce che normalmente quando si parla di "contratti esclusi" si fa riferimento a quelli della prima categoria, per la quale sussiste una tendenziale corrispondenza tra le esclusioni contemplate a livello europeo e a livello nazionale. Allo stesso modo, si parlava in precedenza di "settori speciali" *per riferirsi a quei settori caratterizzati dalla presenza di un «interesse pubblico particolarmente rilevante, il cui soddisfacimento viene garantito attraverso una struttura a rete che assicuri l'erogazione di tali servizi sull'intero territorio nazionale»*. Così M. SINISI, *I settori speciali nella disciplina della dir. 93/38: la "messa a disposizione" e la "gestione" di reti fisse per l'erogazione del servizio ferroviario. I progetti infrastrutturali come attività di settore*, in *Riv. giur. ed.*, IV, 2005, 1028 ss.

²¹ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in G.U.U.E., n. L 94/1, del 28 marzo 2014.

²² Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in G.U.U.E., n. L 94/65, del 28 marzo 2014.

²³ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, in G.U.U.E., n. L 94/243, del 28 marzo 2014.

²⁴ Sul rapporto tra la disciplina di cui alla direttiva 2014/23/UE e il Regolamento CE n. 1370/2007 fondamentale è il contributo di N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE ed il rapporto con il regolamento (CE) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2018, 533-553. Per uno sguardo al passato, in ordine alla disciplina dei settori speciali di cui alla vecchia Direttiva CEE n. 38/93 del Consiglio, del 14 giugno 1993, «che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni», *abrogata dalla Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004*, «che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali», *a sua volta abrogata dalla Direttiva 2014/25/UE*, si veda M. SINISI, *I settori speciali nella disciplina della dir. 93/38*, cit., 1028 ss.. L'Autrice sottolinea come i settori dell'acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni abbiano da sempre costituito oggetto di una disciplina autonoma. Nell'ambito di tali settori speciali, si prevedeva quale forma di gestione ulteriore e autonoma rispetto all'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica, vale a dire quell'impresa sulla quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante, in quanto ne sono proprietarie, o in quanto vi hanno una partecipazione finanziaria, o in forza di norme che disciplinano tale impresa. Le maggiori peculiarità nella disciplina degli appalti previgente alla nuova direttiva sui settori esclusi, si individuava nella procedura di scelta del contraente, che poteva avvenire mediante procedura aperta, procedura ristretta o procedura negoziata. La procedura ristretta veniva ammessa in via generale e non come ipotesi derogatoria, come avveniva negli altri settori, nel senso di una «vera e propria inversione di rapporto tra regola ed eccezione, tramite la previsione della generica facoltà di ricorrere, indifferentemente, alla procedura negoziata o a quella aperta (ovvero al *tertium genus* della procedura ristretta)». Tale ultimo aspetto della previgente disciplina risulta solo apparentemente in contrasto

Nel secondo caso, diversamente, la disciplina da applicarsi è esclusivamente quella dettata dal richiamato Regolamento comunitario n. 1370/2007²⁵.

2.1. *Il favor participationis nel quadro normativo interno e il suo coordinamento con il principio di libera amministrazione*

Il Legislatore nazionale ha manifestato un chiaro *favor* nei confronti delle procedure pro-concorrenziali, ravvisabile, anzitutto, nella previsione di cui all'art. 4-*bis* l. n. 102/2009 che pone l'obbligo per gli Enti locali che scelgano di ricorrere ad affidamenti *in house*, al fine di mitigare gli effetti dell'ampio ricorso al suddetto modello di gestione, di aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi dall'affidatario *in house*²⁶.

Nella vigenza del principio di libera amministrazione²⁷, da cui scaturisce la

rispetto a quanto stabilito dalla vigente normativa interna, nella quale, si proclama, quanto meno sulla carta, un *favor* nei confronti dell'evidenza pubblica e della tutela della concorrenza, nonostante la debolezza della sua effettiva attuazione.

²⁵ In questo senso, A. GIUSTI, *Trasporto pubblico locale – L'affidamento diretto del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2018, 11, 2469, ove l'Autrice propone un'attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento, con particolare attenzione al coordinamento di discipline, di cui al Regolamento comunitario settoriale n. 1370 del 2007 e di cui al pacchetto direttive del 2014 in materia di appalti e concessioni. L'Autrice afferma che «Le “interferenze” fra le direttive, il codice dei contratti e il Regolamento non si esauriscono nella definizione dei rispettivi ambiti di applicazione», a conferma dell'esistenza di un quadro normativo particolarmente delicato in materia.

²⁶ Sul punto, si vedano i contributi di M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 13 e F. SCUTRA, *Effetti del referendum abrogativo sulla disciplina del tpl: prime osservazioni*, in www.dirittodeiserviziubblici.it, 2.

²⁷ Sul principio di libera amministrazione e sulla relativa portata, si rinvia a G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico*, cit., 334, ove si l'Autore sottolinea come, anche se venga definito dallo stesso diritto europeo come vero e proprio “principio”, ma che tuttavia ha natura «residuale o tendenziale». Da ultimo, sulla portata del principio di libera amministrazione, si veda V. PARISIO, *Principio di libera amministrazione delle amministrazioni pubbliche e gestione diretta dei servizi di interesse economico generale: questioni vecchie e nuove*, in *Diritto e processo amministrativo. Quaderni*, 30. *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. FANTI, Napoli, 2019, 557 e ss. e Id., *Services of general economic interest, integrated water service “in-house” management in light of directive 2014/23EU: a general overview*, in *Munus*, 2018, 1140-1141. Cfr., inoltre, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato “Pubblico-Pubblico”*, in *Giur. it.*, 6, 2013, 1415 ss., ove si legge che «l'ordinamento comunitario resterebbe del tutto estraneo alla libera scelta degli Stati membri di ricorrere all'autoproduzione pubblica o al mercato». Più di recente, si legga, anche per i richiami di dottrina e giurisprudenza ivi effettuati, G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl*, cit., 130-131. Il principio di libera amministrazione è ben radicato nel panorama ordinamentale interno e sovranazionale: a conferma di quanto appena affermato si richiama una risalente pronuncia, in tema di azienda speciale per la gestione dei servizi pubblici locali, Cons. St., Sez. V, 4 aprile 2002, n. 1875, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge che «nell'attuale contesto

sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici, va altresì segnalato che il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138²⁸, ha devoluto alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione se il summenzionato principio di libera amministrazione del diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale – come quella dell'art. 192, comma 2²⁹, del Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 50 del 2016 – la quale colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'Amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione inter-organica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento³⁰.

Ad avviso di chi scrive, va sostenuta la tesi della possibile introduzione, a opera del Legislatore nazionale, di limitazioni dell'affidamento diretto più estese rispetto a quelle contemplate dalle regole comunitarie, in accordo con la giuri-

*normativo, ogni amministrazione comunale gode di un'ampissima discrezionalità nella scelta delle modalità di svolgimento dei servizi». In giurisprudenza, si legga, più di recente, in ambito comunitario, la pronuncia CGUE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06, e CGUE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, entrambe in www.curia.europa.eu. Il riferimento normativo in materia è da individuarsi nell'art. 2, paragrafo 1, direttiva 2014/23/UE, che così recita: «La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».*

²⁸ In www.giustizia-amministrativa.it, in materia, si legga M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica*, cit., 1415 ss., ove si legge che «l'ordinamento comunitario resterebbe del tutto estraneo alla libera scelta degli Stati membri di ricorrere all'autoproduzione pubblica o al mercato».

²⁹ L'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, così recita: «Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

³⁰ Si badi che l'Autorità Nazionale Anticorruzione, c.d. ANAC, ha adottato le linee guida, in consultazione sino al 15 marzo 2021, recanti: «Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.».

sprudenza costituzionale³¹, secondo la quale l'ordinamento comunitario detta una disciplina che costituisce, in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici, un minimo inderogabile per i legislatori degli Stati membri.

Il modello normativo italiano ha tuttavia, al momento, optato per il diverso sistema di disincentivi economici in ipotesi di ricorso ad affidamenti diretti, ai sensi dell'art. 27, comma 2, lett. d), del d.l. 24 aprile 2017, n. 50.

In forza del richiamato art. 27 d.l. n. 50/2017 è prevista infatti una riduzione del 15% del valore dei corrispettivi dei contratti di servizio non affidati con procedure a evidenza pubblica nei casi di servizi di trasporto pubblico locale e regionale che non risultino affidanti con procedure a evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, oppure nel caso in cui non sia stato pubblicato il bando di gara entro la stessa data e in ipotesi di gara non conforme alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti, c.d. A.R.T.

Tale norma, comunque, non trova applicazione per i contratti di servizio

³¹ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *www.cortecostituzionale.it*. Per una visione critica della richiamata pronuncia, si veda V. COCOZZA, *Una nozione oggettiva di "rilevanza economica" per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 1, 237-243. Si veda inoltre G. GUZZO, *La Corte costituzionale e il Consiglio di Stato indicano le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *www.lexitalia.it*, 2, 2011, ove si afferma che l'aspetto maggiormente apprezzabile della sentenza si individua nell'aver fatto chiarezza su un aspetto controverso quale quello della tenuta comunitaria e costituzionale dell'impianto introdotto dall'art. 23-bis, ricordando che sia la disciplina comunitaria che quella nazionale «assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica» e che l'affidamento *in house providing* è invero da considerarsi un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento mediante gara, da giustificarsi solo ove l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione perseguita, ai sensi dell'art. 106 TFUE, dall'ente pubblico. Nello stesso senso, si legga altresì Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, *ivi*. Da ultimo, si segnala altresì la pronuncia resa nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 4, I, 794, ove si precisa che una siffatta disposizione «è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici». La pronuncia richiama a sostegno di tale tesi numerose disposizioni che si muovono nella medesima direzione nel contesto ordinamentale, in particolare, il riferimento, ad esempio è all'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133 e poi abrogato a seguito di referendum, che richiedeva, tra le altre condizioni legittimanti il ricorso all'affidamento *in house* nella materia dei servizi pubblici locali, la sussistenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato».

che siano stati affidati prima del 30 settembre 2017 e sino alla loro scadenza, conformemente a quanto disposto dal Regolamento (CE) n. 1370/2007.

L'interrogativo che sorge spontaneo è se, nell'attuale contesto ordinamentale, caratterizzato da un sistema di disincentivi, da coordinarsi con il disposto di cui all'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, c.d. "Decreto Burlando", possa essere o meno individuarsi un divieto di ricorrere a procedure di affidamento *in house*.

Infatti, va ricordato che siffatte procedure di affidamento sarebbero ammesse, ai sensi dell'art. 5, par. 2, Regolamento (CE n. 1370/2007), solo ove non siano vietate dalla legislazione nazionale, attribuendo di conseguenza la scelta ai singoli legislatori nazionali in ordine all'introduzione o meno di restrizioni all'autoproduzione del servizio.

2.2. *La disciplina sovranazionale in materia di affidamenti diretti*

Per poter rispondere al quesito di fondo del presente contributo, pare opportuno analizzare la disciplina settoriale dettata a livello sovranazionale.

A questo proposito, assume particolare rilievo l'art. 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, rubricato «Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico», ove si prevede che le autorità nazionali competenti a livello locale possano scegliere tra distinte forme di gestione del servizio di trasporto pubblico di passeggeri.

In particolare, trattasi della possibilità di procedere ad affidamenti diretti mediante il modello della gestione in proprio o il ricorso alla tecnica dell'*in house*, in determinate ipotesi specificatamente disciplinate.

In secondo luogo, è prevista l'esternalizzazione del servizio in favore di un soggetto estraneo alla compagine dell'Amministrazione pubblica, selezionato sulla scorta di una procedura a evidenza pubblica³².

Per comprendere cosa debba intendersi con affidamento diretto, devi farsi riferimento all'art. 2 dello stesso Regolamento, entro il quale sono compendiate le «Definizioni» preliminari per la lettura e comprensione delle successive disposizioni.

In particolare, la lett. h) dell'art. 2, definisce l'"aggiudicazione diretta" o affidamento diretto, come «l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico³³ senza che sia previamente esperita una procedura di gara».

La definizione sopra riportata, nella sua ampia formulazione, ricomprende

³² In questo senso, si è espresso M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, I, febbraio 2018, 187.

³³ La nozione di "operatore di servizio pubblico" è contenuta nell'art. 2, lett. d), che definisce tale: «un'impresa o un gruppo di imprese di diritto pubblico o privato che fornisce servizi di trasporto pubblico di passeggeri o qualsiasi ente pubblico che presta servizi di trasporto pubblico di passeggeri».

non solo le peculiari ipotesi di aggiudicazione diretta disciplinate dall'art. 5, paragrafi 4 e 5 (affidamenti sotto soglia e d'emergenza), ma anche le fattispecie di affidamento senza gara a un «operatore interno»³⁴ – quale *longa manus* dell'Amministrazione competente (affidamento *in house*).

In base al Regolamento (CE) n. 1370/2007, le autorità competenti possono fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, ai sensi dell'art. 5, par. 1³⁵.

Non senza determinare importanti dubbi interpretativi, l'art. 5, al paragrafo 2, così recita: «A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi. [...]».

L'art. 5, paragrafo 2, Regolamento (CE) n. 1370/2007 prevede una disciplina speciale dell'affidamento *in house* riferibile ai soli trasporti pubblici locali³⁶.

³⁴ Anche per la nozione di “operatore interno” soccorre l'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1370/2007. Nello specifico, ai sensi dell'art. 2, lett. j), è operatore interno «un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi».

³⁵ Così R. DE NICCOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 2096. Volgendo lo sguardo al nostro ordinamento, è possibile osservare che tale forma di gestione risulta a oggi inutilizzata, in favore del prominente ricorso alla procedura dell'affidamento diretto a soggetti terzi, estranei cioè alla compagine dell'amministrazione aggiudicatrice, soprattutto per ciò che concerne i servizi ferroviari. In questo senso, si veda il Sesto Rapporto annuale al Parlamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, in www.autorita-trasporti.it, ove si legge che: «È questo il caso delle Regioni Lazio, Puglia e Umbria che, attraverso tale modalità, hanno sottoscritto con la società Trenitalia S.p.A. nuovi contratti di servizio relativi al trasporto pubblico ferroviario di interesse regionale della durata di 10+5 anni (periodo 2018-2032)».

³⁶ Per una ricostruzione dei presupposti dell'*in house* per come disciplinato dal T.U. delle società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. n. 175/2016, si legga la già citata Relazione 2019, della Corte dei conti, su: «Gli organismi partecipati dagli enti territoriali». Trattasi di un'indagine sui risultati economici e finanziari degli organismi partecipati dagli Enti territoriali e sull'impatto delle esternalizzazioni sui bilanci degli enti partecipanti, effettuata allo scopo di dare evidenza a un fenomeno, diffuso a livello nazionale, che genera ingenti costi a carico della finanza territoriale, anche sotto il profilo dell'inefficienza gestionale derivante dalla proliferazione delle strutture organizzative nei settori vitali dei servizi di interesse generale. La Relazione in oggetto merita altresì di essere segnalata in quanto dedica un «focus agli organismi in perdita nell'ultimo quinquennio (individuati tra i 2.502 organismi partecipati di cui sono disponibili i dati di bilancio civilistico per ciascuna delle annualità del quinquennio 2012-2016) e, in particolare, ai 375 organismi che hanno fatto registrare perdite per almeno 4 esercizi sui 5 dell'intervallo temporale esaminato. L'analisi mostra come oltre il 42% degli organismi in perdita sia a totale partecipazione pubblica, mentre

L'espressione che ha maggiormente contribuito a determinare l'insorgere di dubbi interpretativi si individua senza dubbio nell'*incipit* della norma, non modificato, neppure a beneficio di una maggiore chiarezza, dall'intervento riformatore di cui al Regolamento (UE) n. 2338/2016³⁷.

Di conseguenza, spetta al Legislatore nazionale – e non invero anche a quello regionale³⁸ – il compito di restringere, ampliare o addirittura escludere il ricor-

quelli misti a prevalenza pubblica costituiscono la categoria all'interno della quale le perdite sono più diffuse, con una tendenza al miglioramento dei risultati, nell'arco del quinquennio. Con riguardo ai 375 organismi in perdita in almeno 4 esercizi sui 5 dell'intero quinquennio, emerge che meno di un quinto dei risultati d'esercizio negativi è ascrivibile a quelli a totale partecipazione pubblica, mentre le maggiori perdite sono riconducibili agli organismi misti», 7.

³⁷ Regolamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2016 che modifica il Regolamento (CE) n. 1370/2007 relativamente all'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, in G.U.U.E., n. L 354/22, del 23 dicembre 2016.

³⁸ La delineazione di precisi contorni nella radicazione delle competenze in capo al Legislatore statale, ovvero regionale e/o locale, nella materia dei trasporti risulta inevitabilmente complicata in considerazione della sua necessaria correlazione con altre materie invece devolute alla potestà legislativa esclusiva statale. Si tratta, tra le altre, per quanto qui di interesse, della materia della tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., correlata al settore dei trasporti per ciò che concerne le modalità di gestione e di affidamento del trasporto pubblico locale. Con riguardo al tema della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza», in relazione al trasporto pubblico locale, si richiama la sentenza Corte cost. 3 marzo 2006, n. 80, in *Giur. cost.*, 2006, 849 ss. Per l'affermazione in forza della quale la tutela della concorrenza si attuerebbe anche attraverso la previsione e la correlata disciplina delle ipotesi in cui viene eccezionalmente consentito di apporre dei limiti all'esigenza di tendenziale massima liberalizzazione delle attività economiche, si rinvia alla sentenza Corte cost., 14 marzo 2014, n. 49, in *Foro it.*, 2014, I, 1665. Anche se non afferente allo specifico tema del servizio di trasporto pubblico locale, merita di essere ivi richiamata una importante sentenza della Corte cost., 16 luglio 2009, n. 246, in *www.cortecostituzionale.it*, pronunciatisi con riferimento al servizio idrico, ove la tutela della concorrenza viene fatta coincidere con l'efficienza operativa e organizzativa e con la razionalizzazione del mercato del settore. La connessione tra la suddetta materia (ma anche tra le materie del dell'ordine pubblico e della sicurezza, di cui all'art. 117, comma 2, lett. h), Cost.; della materia della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. e della materia della tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost.) e la materia del trasporto pubblico locale è stata ben delineata nel Dossier n. 286, pubblicato nell'aprile del 2011, dal Servizio studi del Senato – Ufficio ricerche nei settori delle infrastrutture e dei trasporti e reperibile su *www.senato.it*, che propone una ricognizione normativa sul trasporto pubblico locale. La connessione esistente tra il settore dei trasporti pubblici locali emerge anche nel contributo di D-U. GALETTA, M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, Tomo IV, seconda ed., Milano, 2007, 2216, ove si legge che «il settore dei trasporti pubblici locali non si è [...] del tutto emancipato dalla disciplina statale, perché il comparto è interessato da alcune problematiche che rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, fra cui la “tutela della concorrenza”, la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” e la “tutela dell'ambiente”, di cui rispettivamente all'art. 117, secondo comma, lettera e), m), s) della Costituzione». In questo senso e proprio con riferi-

so allo schema dell'*in house*, poiché trattasi di una competenza statale afferente alla materia della «tutela della concorrenza», di potestà legislativa esclusiva statale.

Prima di analizzare la questione tutt'oggi aperta in ordine all'esistenza o meno di un vero e proprio divieto del Legislatore nazionale di operare mediante il modello dell'*in house* nel settore dei trasporti pubblici locali, occorre soffermarsi sugli aspetti essenziali della speciale disciplina dettata dal Regolamento (CE) n. 1370/2007, che, per certi aspetti, risulta differenziata rispetto alla disciplina generale di cui alla Direttiva 2014/23/UE³⁹.

mento all'intreccio tra la materia dei trasporti pubblici locali e quella – di competenza legislativa esclusiva – della tutela della concorrenza, si richiama la pronuncia della Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251, in www.cortecostituzionale.it, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale – per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost. – l'art. 19, lett. b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u), della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata. Le disposizioni sopra richiamate, impugnate dalla Regione Veneto, avevano ad oggetto la delega al Governo per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale e contenevano principi e criteri direttivi entro i quali, appunto, si intrecciano previsioni riconducibili alla competenza legislativa esclusiva statale, in quanto strettamente finalizzate alla tutela della concorrenza; previsioni eccedenti tale finalità, in materia di gestione e organizzazione dei medesimi servizi, espressione della competenza legislativa regionale residuale; e previsioni aventi a riguardo ambiti diversi, come quelle, ad esempio, concernenti la disciplina dei rapporti di lavoro. La Corte costituzionale afferma nello specifico che: «Sebbene costituiscano espressione di interessi distinti, corrispondenti alle diverse competenze legislative dello Stato e delle Regioni, tali disposizioni sono tenute insieme da forti connessioni e risultano inscindibili l'una dall'altra, inserite come sono in un unico progetto di riordino. Nel dare attuazione ai principi e criteri direttivi da esse stabiliti, il Governo supera lo scrutinio di legittimità costituzionale se rispetta il principio di leale collaborazione, avviando le procedure inerenti all'intesa con Regioni e enti locali nella sede della Conferenza unificata». I principi di diritto enucleati nella pronuncia sopra richiamata sono oggetto di giurisprudenza costituzionale consolidata e, a tal proposito, si rinvia a Corte cost., sentenze 7 luglio 2016, n. 160, in www.cortecostituzionale.it, n. 325/2010, cit.; 21 dicembre 2007, n. 443, *ivi*. Da ultimo, si veda Corte cost. 11 gennaio 2019, n. 5, che dichiara l'illegittimità costituzionale per lesione della competenza statale esclusiva in materia di «tutela della concorrenza», di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. di alcune disposizioni contenute in una legge regionale del Piemonte che, vietando alle imprese di utilizzare autobus per l'attività di noleggio con conducente, in base all'età e al chilometraggio, si porrebbero «in diretto contrasto con la natura «trasversale e prevalente della tutela della libera concorrenza». Conformemente a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza appena richiamata, si segnala altresì la pronuncia Cons. St., Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 823, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha annullato l'art. 3, comma 1, lett. b) e l'art. 11, co. 6 del regolamento della Regione Lombardia n. 6 del 2014, uniformando la normativa secondaria regionale alla summenzionata sentenza ed eliminando il tetto di età per gli autobus da noleggio.

³⁹ Per un'analisi delle peculiarità degli affidamenti *in house* nel settore dei trasporti pubblici locali rispetto agli affidamenti *in house* in altri settori e disciplinati dalla Direttiva 2014/23/UE, si rinvia a M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, Nota a margine della ordinanza del

Come già accennato, la disciplina degli affidamenti *in house*, *rectius*, degli affidamenti a un «operatore interno», regolati dall'art. 5, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 presenta alcune non trascurabili differenze rispetto alla disciplina contemplata dall'art. 17 della Direttiva 2014/23//UE⁴⁰.

In primo luogo, va osservato che gli affidamenti *in house* – nel regime della Direttiva 2014/23/UE – sono esclusi dall'ambito applicativo della medesima direttiva, mentre, con riferimento agli affidamenti *in house* di cui al Regolamento, il solo obbligo derogato è quello di dover procedere mediante una procedura a evidenza pubblica, nel senso che, per tali affidamenti, è consentita l'aggiudicazione diretta, ferma restando, tuttavia, l'applicazione di tutte le altre disposizioni del Regolamento, per esempio, in tema di durata, contratto di servizio e compensazioni.

Parimenti diversi sono i presupposti che consentono di procedere mediante l'affidamento *in house*.

Il modello *in house* che deriva dalla lettura congiunta delle due fonti di rango sovranazionale – l'una speciale e direttamente applicabile e l'altra generale e attuata mediante l'opera di recepimento confluita nel Codice dei contratti pubblici – può delinearci, a grandi linee, come di seguito esposto.

In termini generali, lo schema dell'*in house* richiede che vi sia un'aggiudicazione diretta a un soggetto giuridicamente distinto sul quale l'autorità locale eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

La c.d. "Direttiva concessioni", 2014/23/UE, contempla una disciplina generale in materia di *in house*, la quale risulta essere stata pedissequamente ripresa dal Codice dei contratti pubblici.

Rispetto alla disciplina ivi contemplata, sussistono alcuni aspetti di specialità della disciplina di cui al Regolamento (CE) n. 1370/2007 in materia di affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico.

Stante la specialità delle disposizioni contenute dal Regolamento (CE) n. 1370, queste ultime trovano applicazione in via prevalente rispetto al modello generale di cui alla Direttiva concessioni, le cui disposizioni, ad ogni buon conto, troveranno applicazione in via residuale, per colmare eventuali vuoti normativi della materia.

L'aspetto che maggiormente si caratterizza in termini di specialità rispetto alla disciplina generale contemplata dalla Direttiva 2014/23/UE va individuato nel requisito del controllo analogo.

Consiglio di Stato 16 luglio 2018 n. 4303, in *www.lexitalia.it*, n. 7/2018, 1-3 e a N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE*, cit., 546-549, il quale si occupa di definire le differenze per ciò che riguarda il requisito del controllo analogo, il requisito dell'attività prevalente e la questione dell'ammissibilità di una partecipazione di soggetti privati all'entità *in house*.

⁴⁰ Sul punto, si è espresso N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE*, cit., 546.

Nello specifico, la definizione di controllo analogo risulta maggiormente rigorosa nella disciplina di cui al Regolamento (CE) n. 1370/2007, ove viene stabilito che lo stesso può considerarsi sussistente solo a fronte della considerazione di molteplici elementi, quali il livello di rappresentanza negli organi, le disposizioni degli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza decisiva non solo sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative, ma anche sulle singole decisioni di gestione.

Un riferimento va effettuato poi alla disposizione, dal contenuto appunto speciale, in materia di controllo congiunto, che sussiste tanto se esercitato da un gruppo di autorità locali, quanto se esercitato da una sola di esse, senza necessità, dunque, che lo stesso controllo sia esercitato dalla pluralità di enti locali congiuntamente.

Nell'ipotesi in cui l'autorità locale sia costituita da un numero molteplice di soggetti giuridici pubblici, cui si riferisce il paragrafo 2 dell'art. 5, non è necessario che il suddetto controllo analogo sia esercitato congiuntamente dall'intero gruppo, ma è sufficiente che lo eserciti almeno uno dei soggetti pubblici aderenti.

Questo, tuttavia, potrebbe determinare il realizzarsi di un rischio di eccessivo ampliamento delle ipotesi di affidabilità *in house*.

Infatti, se l'autorità competente è composta da una molteplicità di soggetti giuridici riferibili a distinti lotti, il medesimo ente locale, con la propria società *in house*, ben potrebbe divenire destinatario di affidamenti afferenti al perimetro territoriale dei diversi enti aderenti al gruppo, vanificando l'obiettivo di primaria importanza di tutela della concorrenza e di *favor participationis* e il divieto di gare *extra-moenia*⁴¹.

⁴¹ Sul divieto di gare *extra-moenia*, si rinvia all'ampia trattazione del tema fornita da A. GIUSTI, *Trasporto pubblico locale*, cit., 2465 ss. L'Autrice chiarisce che la *ratio* del divieto di attività *extra-moenia* è da individuarsi nella «necessità di limitare l'affidamento diretto alla dimensione dell'autoconsumo», e che se la Corte di Giustizia optasse per una soluzione diversa il mercato dei servizi pubblici di trasporto per ferrovia subirebbe un'ulteriore restrizione nel senso che verrebbe allargato il campo degli affidamenti diretti anche a coloro che, nei limiti del requisito dell'attività prevalente, operino come soggetti imprenditoriali al di fuori del territorio di riferimento, proprio perché nella disciplina generale di cui alle Direttive del 2014, non vi è alcuna preclusione *ex ante* a partecipare a gare al di fuori del territorio di riferimento, purché sia mantenuto il requisito dell'attività prevalente. Sul punto, in dottrina, si veda altresì N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE*, cit., 547, ove viene chiarito che il Regolamento (CE) n. 1370/2007 è particolarmente rigido in ordine al requisito dell'attività prevalente, nel senso che vieterebbe del tutto la c.d. attività *extra moenia* nella fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri, consentendo solo di svolgere servizi all'interno del territorio dell'amministrazione affidante; invece M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale*, cit., si soffermano maggiormente sulle peculiarità della disciplina del controllo analogo congiunto prevista dal Regolamento e affermano che per i restanti requisiti dell'*in house* non si rinverrebbero rilevanti disposizioni dal contenuto speciale, sottolineando, ad esempio, per quel che qui importa, che deve ritenersi applicabile la regola del tetto minimo del fatturato a favore dell'amministrazione proprietaria, pari all'80%.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, deve precisarsi che affinché possa parlarsi di controllo analogo nel settore dei pubblici trasporti è inoltre necessario che l'operatore interno, e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima, espletino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, pur con eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che si inseriscono nel territorio di vicine autorità competenti a livello locale e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate al di fuori del territorio dell'autorità locale competente.

Considerato quanto sopra, l'aspetto di singolarità della speciale disciplina del controllo congiunto nel settore dei trasporti si individua nella possibilità che l'affidamento *in house* venga in essere con riferimento al perimetro territoriale di una pluralità di enti locali e, nella specie, di distinti Comuni.

Sulla base della speciale disciplina del controllo congiunto nel settore dei trasporti pubblici locali, secondo quanto stabilito dal Regolamento comunitario non potrà procedersi all'affidamento *in house* del servizio di trasporto urbano di un determinato Comune in favore di una società pubblica non partecipata in tutto o almeno in parte da tale Comune.

L'affidamento potrà invece avvenire in favore di una società partecipata dallo stesso Comune, facente parte del più ampio bacino nel cui contesto territoriale si inserisce quest'ultimo.

Il Regolamento, infatti, prevede che l'affidamento debba riguardare un soggetto operante all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale.

Il secondo requisito speciale rispetto alla disciplina generale si individua nella prevalenza delle attività svolte sulla base dell'affidamento da parte della Pubblica amministrazione proprietaria o da altri soggetti dalla stessa sottoposti a controllo che deve essere superiore all'80% del proprio fatturato.

In giurisprudenza, si vedano T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, ord. 14 maggio 2018, n. 255, in www.giustizia-amministrativa.it che ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una questione, tra le altre, relativa all'esistenza o meno per le società *in house* operanti nel settore di un divieto di espletare attività *extra-moenia*. In generale, sui requisiti dell'*in house*, si veda, da ultimo, Cons. St., Sez. I, parere 7 maggio 2019, n. 1389, in www.giustizia-amministrativa.it, di fondamentale importanza anche in relazione alla ricostruzione giurisprudenziale e normativa proposta. Trattasi, nella specie di un parere in merito alla possibilità per gli Enti di governo d'ambito della Regione Piemonte di affidare in via diretta il servizio idrico integrato ad una società *in house providing* all'interno della quale si collochi una partecipazione di capitali privati, nel rispetto delle condizioni previste dalla normativa europea e nazionale. Solo per completezza, si precisa che il parere è stato reso nel senso che l'apertura dell'*in house* ai privati deve ritenersi esclusa fino a quando non sarà prescritta da una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli artt. 5, d.lgs. n. 50/2016 e 16, d.lgs. n. 175/2016, poiché la partecipazione di privati al capitale della società controllata è ammessa solo se prescritta da una disposizione di legge nazionale, in conformità con i trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della società controllata. Così, la massima pubblicata su *Foro Amm.*, 2019, 5, 812.

Il terzo requisito rispetto al quale si manifesta una specialità della disciplina settoriale si individua nella partecipazione pubblica totalitaria, che tuttavia ammette delle eccezioni, nel senso che è ammissibile la partecipazione di un capitale privato purché ciò, in primo luogo, non comporti un controllo o un potere privato e a condizione che il soggetto privato non eserciti un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Anche con riferimento a tale ultimo requisito, va segnalata una differenziazione rispetto alla disciplina generale contenuta nella Direttiva 2014/23/UE.

Nella disciplina generale, infatti, affinché sia ammessa la partecipazione di soggetti privati si richiede che la stessa sia prescritta, vale a dire resa obbligatoria, da disposizioni di legge nazionale in conformità con i Trattati UE.

Diversamente, il Regolamento (CE) n. 1370/2007 non prevede una tale condizione, limitandosi a stabilire che la proprietà pubblica al 100% non è requisito obbligatorio per stabilire la sussistenza del requisito del controllo analogo, consentendo di fatto l'affidamento diretto a entità miste, sempre che la parte privata non abbia poteri di influenza o controllo sulla parte pubblica.

Tale ultima precisazione si pone in conformità rispetto a quanto disposto dal Legislatore euro-unitario con riferimento alla materia generale dei contratti pubblici e assume l'importante ruolo di garantire un adeguato coinvolgimento dei soggetti privati nel settore dei trasporti pubblici.

Con l'intenzione di individuare gli effetti determinati dall'esistenza di un sif-fatto regime speciale, è possibile osservare che, il Legislatore comunitario abbia inteso legittimare il ricorso all'*in house* in ipotesi, per certi versi, più rigose e, per altri, meno stringenti.

Infatti, se si guarda alla speciale disciplina del requisito del controllo analogo che viene ammesso anche in modo congiunto, il risultato al quale può pervenirsi è quello di un ampliamento delle ipotesi di affidabilità *in house*. Nello stesso senso, è possibile leggere la speciale disciplina prevista con riferimento alla possibilità di affidamenti *in house* a entità miste, ove la presenza di soggetti privati non sia prescritta da norme nazionali.

Diversamente, se si fa riferimento al divieto di attività *extra-moenia*, quest'ultimo è contemplato nel settore dei trasporti e non invero in ambito di servizi pubblici locali in genere⁴².

Il quadro che emerge si pone dunque, ancora una volta, nel solco di una troppo debole azione del Legislatore comunitario verso obiettivi di un maggiore ricorso a forme di affidamento del servizio di natura pro-concorrenziale.

⁴² In questo senso, si veda TAR Liguria, Sez. II, 10 giugno 2016 n. 606, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in dottrina si veda G. MULAZZANI, *Limiti operativi extra moenia all'in house: un margine residuale per gli investimenti*, in *Munus*, 3, 2016, 607-632.

3. *Sull'inesistenza di un divieto specifico di affidamenti diretti in house per la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale*

Definite le specificità del modello *in house* contemplato dal Legislatore comunitario nella disciplina di settore, trattasi ora di verificare se nel nostro ordinamento il ricorso a tali affidamenti possa o meno considerarsi ammissibile.

Non v'è chiarezza, infatti, in ordine all'esistenza di una vera e propria preclusione, a livello interno, del ricorso alla modalità gestoria dell'affidamento diretto a società *in house*, ammesso appunto a livello europeo, ai sensi dell'art. 5, par. 2, del Regolamento comunitario n. 1370/2007, a condizione che lo stesso non sia vietato dal Legislatore nazionale.

A titolo di premessa, si precisa che va indagata l'esistenza di un tale divieto al livello della legislazione nazionale statale e non anche al livello della legislazione regionale.

Se è pur vero, infatti, che il trasporto pubblico locale è materia di potestà legislativa esclusiva delle Regioni, come più volte ribadito dai giudici della Corte costituzionale, con riferimento agli aspetti gestori che involgono chiaramente la materia della tutela della concorrenza, non può che tornare a espandersi la potestà legislativa esclusiva statale esistente nella suddetta materia trasversale.

E infatti, se si riconoscesse all'esecutivo di una determinata Regione il potere di intervenire escludendo l'ammissibilità del ricorso all'*in house*, ciò si tradurrebbe in una disparità di trattamento per le imprese del settore operanti nel territorio della stessa Regione.

Premesso quanto sopra, va escluso che il Legislatore statale abbia voluto individuare un divieto esplicito di ricorso all'*in house* pur condannando la mancata apertura al mercato mediante la previsione di un sistema di disincentivi economici.

Un dato incontrovertibile a fondamento dell'inesistenza di un divieto di ricorso ad affidamenti diretti *in house* è senza dubbio da individuarsi nell'assenza di un'espressa previsione legislativa statale in tal senso, stante l'espunzione del disposto dell'art. 23-*bis* l. n. 133/2008⁴³, che attribuiva esclusività al ricorso alla gara nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Peraltro, la disposizione che manifesta la preferenza del Legislatore italiano per l'apertura al mercato e, quindi, per le procedure concorsuali, di cui all'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 422 del 1997 è antecedente rispetto all'entrata in vigore del Regolamento n. 1370 del 2007 che, per sua stessa natura, è direttamente applicabile nell'ordinamento giuridico interno, senza la necessità di alcun intervento espresso ai fini del relativo recepimento.

⁴³ Legge 6 agosto 2008, n. 133, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 21 agosto 2008 – Suppl. Ordinario n. 196.

Come già anticipato, il modello normativo italiano ha infatti optato per il diverso sistema di disincentivi economici in ipotesi di ricorso a tale tipologia di affidamento diretto, ai sensi dell'art. 27, comma 2, lett. d), del d.l. n. 50/2017.

Il Legislatore nazionale, dunque, nonostante la manifestazione di un chiaro *favor* nei confronti delle procedure pro-concorrenziali⁴⁴, non è ancora riuscito nei suoi plurimi tentativi di introdurre un divieto assoluto di ricorrere al sistema degli affidamenti diretti *in house*.

Per tornare all'analisi del sistema di disincentivi scelto dal Legislatore nazionale, si ricordi anche il contenuto dispositivo del già citato art. 4-*bis* della l. n. 102/2009, che, introdotto successivamente rispetto all'adozione del Regolamento comunitario del 2007 e non venuto meno a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-*bis* l. n. 133/2008, ha di fatto ammesso eventuali aggiudicazioni *in house*, seppure a determinate condizioni ed entro il limite del 90 % dei servizi concessi.

Peraltro, anche in giurisprudenza non si ritiene necessaria l'introduzione del suddetto divieto, poiché la decisione di procedere ad affidamenti diretti *in house* potrebbe essere in concreto non solo la scelta più conveniente da un punto di vista squisitamente economico, ma anche la più efficiente⁴⁵ in vista del soddi-

⁴⁴ Si pensi al disposto dell'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, con il quale gli affidamenti *in house* sono stati collocati su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti mediante procedure gara di appalto. Sul punto è intervenuta la CGUE, Sez. IX, con ordinanza 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 e C-91/19, in *Foro amm.*, 2020, 2, 201 ha escluso che la normativa interna sia in contrasto con quella euro-unitaria, statuendo che: «L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche "contratto *in house*", all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna», in altri termini: «Gli Stati membri sono liberi di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze, non essendo obbligati ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi, fermo restando il rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, fra cui la libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi e i principi di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza. Pertanto, gli Stati membri possono subordinare la conclusione di un'operazione interna come un affidamento "*in house*" all'impossibilità di indire una gara d'appalto e alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso a tale operazione». Ad avviso di chi scrive, va sostenuta la tesi della possibile introduzione, a opera del Legislatore nazionale, di limitazioni dell'affidamento diretto più estese rispetto a quelle contemplate dalle regole comunitarie, in accordo con la giurisprudenza costituzionale, per la quale si richiama la sentenza n. 325/2010. La citata sentenza ha ritenuto che l'ordinamento comunitario detta una disciplina che costituisce, in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici, un minimo inderogabile per i legislatori degli Stati membri. Pertanto, è senz'altro ammissibile che il legislatore interno disciplini con più rigore l'assetto concorrenziale del mercato e il regime degli affidamenti.

⁴⁵ Non manca, in dottrina, chi sostiene che la debolezza dei servizi di trasporto pubblico

sfacimento di ulteriori interessi pubblici sottesi all'esplicitamento del servizio in questione⁴⁶.

In definitiva, la disciplina nazionale degli anni Novanta, definita in dottrina, coerentemente rispetto alla propria portata, "avanguardistica"⁴⁷, è espressione dell'esistenza di un chiaro *favor*, invero non ravvisabile in modo così evidente a livello europeo, per il modello gestorio più razionale e trasparente della gara ad evidenza pubblica per la selezione del miglior operatore sul mercato⁴⁸. Ciononostante, non può considerarsi esistente, ad avviso di chi scrive, un divieto di affidamenti diretti del servizio di trasporto pubblico locale, sulla sola base della sussistenza, nel nostro ordinamento, di una regola generale della gara pubblica⁴⁹.

locale sia radicata proprio nella sua gestione diretta da parte delle stesse Amministrazioni ovvero delle società da queste controllate. Si veda in tal senso, il contributo di G.L. ALBANO, A. HEIMLER, M. PONTI, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 1, 117-138. Secondo gli Autori, infatti, qualsiasi livello di inefficienza viene ripagato a piè di lista, senza conseguenze né per gli addetti né per il *management* né per la proprietà.

⁴⁶ A questo proposito, cfr. Cons. St., Sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732, in www.giustizia-amministrativa.it. Con riferimento invece alla possibilità che il ricorso all'affidamento diretto *in house* comporti costi superiori rispetto al ricorso alla gara pubblica, e ciononostante possa considerarsi come scelta rispondente ai canoni di razionalità, in quanto adeguatamente motivata e non compromettente gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dall'amministrazione precedente, si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 17 maggio 2016, n. 690, *in*, seppur con riferimento all'affidamento diretto *in house* del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti e altri servizi di igiene ambientale.

⁴⁷ Parla di portata avanguardistica, o meglio «involutiva», della disciplina nazionale degli anni Novanta M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario*, cit., 183. Secondo la visione dell'Autore, ampiamente condivisibile, «l'attuazione del diritto europeo» nell'ambito dei servizi di trasporto pubblico locale ha comportato «un regresso in termini concorrenziali». L'Autore definisce il successivo recepimento del diritto europeo derivato momento attraverso il quale si è di fatto legittimata «da facoltà, peraltro colta senza indugio dalla maggior parte delle amministrazioni locali, di procedere all'affidamento diretto del servizio in assenza di confronto concorrenziale; in tal modo pregiudicando il pieno sviluppo di quel percorso di trasformazione che, anche per effetto dell'influsso dei principi comunitari, in un primo momento aveva interessato in generale i servizi pubblici».

⁴⁸ L'esigenza di una maggiore concorrenza e trasparenza nell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale è stata evidenziata da ultimo con la «Segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017 in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale», il cui testo è reperibile su www.autorita-transporti.it. La segnalazione è degna di nota anche in considerazione di un'importante opera di ricostruzione della disciplina esistente in materia di affidamenti del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario.

⁴⁹ In giurisprudenza, sull'esigenza di superamento degli assetti monopolistici, perseguita dal d.lgs. n. 422/1997 e, in particolare, dal suo art. 18, si veda T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 gennaio 2003, n. 482, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2003, 159: «Ai sensi dell'art. 18 lett. a), d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422 – che impone di escludere dalle procedure concorsuali, per la scelta dei gestori dei servizi di trasporto regionale e locale, i soggetti che gestiscono servizi consimili, al fine di superare gli assetti monopolistici – è illegittima l'aggiudicazione del servizio di trasporto locale alla concorrenza già affidataria altrove di tali servizi, ritenuto che tale norma è d'immediata precettività e non

4. *Possibili scenari a fronte della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione dell'ammissibilità di affidamenti diretti nell'ordinamento italiano*

Come accennato, non può considerarsi sussistente, a livello interno, un vero e proprio divieto di ricorrere ad affidamenti diretti nell'ambito dei servizi di trasporto pubblico locale.

Entro tale panorama normativo, i Giudici amministrativi italiani, con distinte ordinanze⁵⁰, hanno richiesto alla Corte di Giustizia europea di pronunciarsi

può ritenersi sospesa o procrastinata al 1 gennaio 2004 per l'effetto dell'art. 35, l. 28 dicembre 2001 n. 448». Con riferimento specifico al comma 1° dell'art. 18, si veda Cons. St., Sez. IV, 28 febbraio 2017, n. 910, in *dejure.it*, ove si legge che «La disposizione contempera due profili essenziali: l'esigenza di incentivare piani di investimenti a lungo termine nel trasporto ferroviario, il cui ammortamento richiede un arco temporale significativo, individuato dal Legislatore in una durata minima esennale del contratto di servizio; – la necessità di evitare affidamenti di durata tale da poter configurare un assetto monopolistico o oligopolistico del mercato dei servizi di trasporto pubblico ferroviario, attraverso la previsione di un rinnovo di pari durata, così fissando l'estensione massima in dodici anni».

Sulla necessità di ricorrere alla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico, si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa italiana, in particolare, si vedano T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 febbraio 2004, n. 4233, che afferma il seguente principio di diritto: «L'individuazione delle imprese affidatarie di pubblici servizi di trasporto regionale e locale deve necessariamente sottostare alla selezione concorsuale, atteso che i principi di buona amministrazione, di trasparenza dell'azione amministrativa, nonché di concorrenzialità – da considerarsi ormai immanenti nell'ordinamento tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore chiamato a svolgere attività di pubblico interesse – impongono l'espletamento di procedure di evidenza pubblica, in virtù della necessità di individuare, mediante valutazione comparativa basata su parametri obiettivi, il soggetto più idoneo», in *Foro amm.-T.A.R.* 2004, 1146. Nello stesso senso, T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 19 luglio 2006, n. 631, in *www.giustizia-amministrativa.it* ove si legge che: «per quanto concerne specificamente il servizio pubblico di trasporto regionale e locale, la regola del ricorso a procedure concorsuali per la scelta del gestore viene sancita dall'art. 18, 2° comma, lett. a) del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422». Più di recente, nella sentenza T.A.R. Lazio, Roma, 3 novembre 2010, n. 33129, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 11, 3545, viene ribadito che «L'art. 19, l. r. Lazio, n. 30 del 1998, allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione, stabilisce che l'affidamento dei servizi di trasporto ordinario di linea deve avvenire mediante procedure concorsuali in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi». In senso parzialmente difforme e, quantomeno, con riferimento al periodo transitorio, T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 7 luglio 2011, n. 466, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 7-8, 2418, ove si legge invece che, ai sensi dell'art. 18 d.lgs. n. 422/1997 è legittimo il provvedimento con il quale la Regione, relativamente al periodo transitorio di graduale passaggio dal regime concessorio a quello contrattuale del servizio di trasporto pubblico locale e regionale (ma prorogato al 31 marzo 2011 dall'art. 1 d.l. "milleproroghe" n. 225 del 2010), affida direttamente il servizio all'originario concessionario, atteso che relativamente a detto periodo «l'Amministrazione non è affatto tenuta a procedere a gara pubblica ma, al contrario, costituisce per essa preciso obbligo il ricorso al contratto di servizio onde garantire nella fase transitoria la continuità, la funzionalità e l'efficienza di detto servizio».

⁵⁰ Si tratta delle ordinanze T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 14 maggio 2018, n. 255, cit.; T.A.R.

in ordine ai limiti di tali affidamenti diretti entro il settore oggetto di indagine, nonché in ordine alla definizione dei rapporti tra esternalizzazione e auto-prestazione nella gestione dei servizi *de quibus*⁵¹.

In particolare, per ciò che qui importa, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza del 16 luglio 2018 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione: «se l'art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell'affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria».

Il quesito, seppur riguardi la peculiare ipotesi disciplinata dal paragrafo 4 dell'art. 5, c.d. ipotesi *de minimis*⁵², può senz'altro estendersi anche all'ipotesi di maggiore interesse contemplata, dal paragrafo 2 dell'art. 5, ove più genericamente viene disciplinato il divieto di affidamenti diretti.

Ciò che i Giudici di Palazzo Spada chiedono alla Corte di Giustizia dell'Unione europea è se possa considerarsi sussistente un divieto di procedere ad affidamenti diretti anche in assenza di una specifica disposizione in tal senso e giustificato, invero, solo sulla base di una regola generale della gara pubblica per l'affidamento dei contratti di servizio nel settore dei trasporti pubblici locali.

Se si ragionasse per principi, come si ritiene che opereranno anche i Giudici europei, la soluzione dovrebbe essere negativa, facendo richiamo anche solo a quel principio espresso dal brocardo latino «*ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit*».

Se si volesse ragionare, invece, seguendo una logica sistematica, vale a dire

Sardegna, Sez. I, 25 luglio 2018, n. 682, in www.giustizia-amministrativa.it, che deferisce alla Corte di giustizia UE due questioni interpretative in materia di affidamento diretto del servizio di trasporto per ferrovia, riguardanti gli obblighi, per la stazione appaltante, di provvedere alla c.d. pre-informazione sull'intenzione di affidare il servizio e di motivare, comunque, l'aggiudicazione. L'ordinanza di rimessione appena citata riguarda la vicenda sarda, "incubatrice" della nota Segnalazione congiunta di A.G.C.M., A.N.A.C. e A.R.T., a seguito della controversia instauratasi tra la Regione Autonoma della Sardegna e la società *Arriva Rail Italia S.r.l.*, la quale, a seguito di un avviso di pre-informazione in merito ad una procedura di affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale su ferro, lamentava l'illegittimità del diniego di accesso agli atti, istanza avanzata al fine di poter formulare una proposta seria e articolata; Cons. St., Sez. V, 16 luglio 2018, n. 4303 e Id., 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Sul punto, in dottrina, si veda A. GIUSTI, *Trasporto pubblico locale*, cit., 2465 ss. L'Autrice, in particolare, offre un commento all'ordinanza di rimessione del T.A.R. Laziale, sopra citata, n. 255/2018.

⁵² Così la definiscono M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale*, cit., 6.

considerando il sistema nel suo complesso, potrebbe concludersi per l'attribuzione di un senso più ampio al concetto di divieto. Secondo tale lettura, il divieto dovrebbe ritenersi sussistente nonostante l'assenza di una disposizione specifica in tale senso e in guisa solo di una regola generale di ricorso alla gara. Ciò in considerazione della fondamentale importanza assunta nel panorama nazionale ed euro-unitario dal principio di tutela della concorrenza, meglio realizzabile attraverso il ricorso alle procedure di evidenza pubblica.

Tuttavia, nell'attesa di una pronuncia risolutiva dei Giudici dell'Unione, si ritiene poco prospettabile una conclusione, per così dire, tanto "coraggiosa" della Corte di Giustizia dell'Unione europea, invero sempre attenta a non invadere gli spazi di sovranità nazionale devoluti ai legislatori dei singoli Paesi membri.

Nel caso di specie, non può certo considerarsi che il Legislatore nazionale non ne uscirebbe leso nella sua sovranità, stante la scelta di ricorrere a un sistema disincentivante a discapito degli affidamenti diretti, appunto non vietati, ma solo considerati non apprezzabili e, per questo, soggetti a disincentivi.

Pertanto, al fine di realizzare gli obiettivi di apertura del settore alla concorrenza, si ritiene maggiormente opportuno un intervento del Legislatore statale nel senso di vietare quanto meno in determinate ipotesi (si pensi per esempio all'introduzione di un criterio dettato dal numero di abitanti di una determinata realtà locale) il ricorso agli affidamenti diretti, considerato il prevedibile esito della vicenda giudiziaria, nel senso dell'esclusione dell'esistenza un simile divieto.

5. *L'avviso di pre-informazione in ipotesi di aggiudicazione diretta o in house*

Nell'analisi della disciplina dell'aggiudicazione diretta dei contratti di servizio, va poi dedicata attenzione alla disposizione di cui all'art. 7 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, rubricato «*Pubblicazione*», rispetto alla quale sono sorti importanti dubbi interpretativi.

Nello specifico, al paragrafo 2, dell'art. 7, è previsto che l'autorità competente, almeno un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, pubblichi nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, informazioni quali il nome e l'indirizzo dell'autorità competente; il tipo di aggiudicazione previsto; i servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione.

Le autorità competenti possono decidere di non pubblicare queste informazioni qualora un contratto di servizio pubblico riguardi una fornitura annuale di meno di 50.000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri.

Qualora dette informazioni cambino successivamente alla loro pubblicazione, l'autorità competente deve pubblicare di conseguenza la relativa rettifica, senza pregiudizio della data di avvio dell'aggiudicazione diretta.

Occorre inoltre precisare che, in ipotesi di aggiudicazione diretta di contratti

di servizio pubblico di trasporto su rotaia, di cui all'articolo 5, paragrafo 6, l'autorità competente deve rendere pubbliche, entro un anno dalla concessione dell'aggiudicazione, informazioni quali il nome dell'ente aggiudicatore, il suo assetto proprietario e, ove opportuno, il nome della parte o delle parti che esercitano il controllo legale; la durata del contratto di servizio pubblico; la descrizione dei servizi di trasporto di passeggeri da effettuare; la descrizione dei parametri per la compensazione finanziaria; gli obiettivi di qualità, come puntualità e affidabilità, e premi e penalità applicabili e condizioni relative a beni essenziali.

Un'ulteriore disposizione che risulta aver determinato perplessità a livello dottrinale e giurisprudenziale si individua poi nel paragrafo 4 dell'art. 7, ove si prevede che l'autorità competente è tenuta a trasmettere, a chi ne faccia richiesta, la motivazione della propria decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico.

Come accennato, l'art. 7 ha costituito oggetto di una controversia interpretativa, scaturita in una Segnalazione congiunta di tre Autorità indipendenti operanti nel settore, A.G.C.M., A.R.T. e A.N.A.C. e in una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che di fatto ribalta completamente il pensiero espresso dalle tre *Autorithies*.

5.1. *Il ruolo dell'avviso di preinformazione alla luce dei principi esposti nella Segnalazione congiunta A.G.C.M., A.N.A.C. e A.R.T. del 25 ottobre 2017*

Il 25 ottobre 2017 l'Autorità Garante per le Concorrenza e il Mercato, A.G.C.M.⁵³, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, A.N.A.C.⁵⁴ e l'Autorità di Regolazione dei Trasporti, A.R.T.⁵⁵ hanno adottato una Segnalazione, c.d. con-

⁵³ In dottrina, per un approfondimento in ordine ai poteri di regolazione esercitabili dalle Autorità amministrative indipendenti, si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il trasporto pubblico locale*, a cura di F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, cit., 39-53, ove vengono individuate dieci categorie di poteri di regolazione: il potere regolamentare interno; il potere regolamentare esterno; i poteri di amministrazione attiva; il potere di determinare gli *standards* di qualità o le tariffe; il potere sanzionatorio; i poteri di *moral suasion*; i poteri di segnalazione e di proposta; il potere consultivo; i poteri quasi giurisdizionali e i poteri ispettivi.

⁵⁴ Sul punto, si veda L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 2, 256 ss., *passim*. Si veda inoltre M. SEBASTIANI, *La Segnalazione di AGCM, ART e ANAC sugli affidamenti dei servizi di trasporto ferroviario regionale: luci, ombre e prospettive*, relazione presentata al Seminario organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dalla Società italiana di politica dei trasporti, "La Segnalazione congiunta di AGCM, ART e ANAC sugli affidamenti del trasporto ferroviario regionale", A.G.C.M., 23 gennaio 2018, il cui testo è disponibile su www.sipotra.it. L'Autore attribuisce alla Segnalazione un ruolo fondamentale in termini di interpretazione sistematica all'interno di una disciplina nazionale e comunitaria «entrambe intricate, contrassegnate da ambiguità, talvolta da contraddizioni e, di fondo, da un certo cerchiobottismo».

⁵⁵ L'A.R.T. ha voluto rappresentare agli enti affidanti, cui si riferisce, come il ricorso alla procedura c.d. «para-concorsuale» sia da considerarsi un sistema più efficiente per il finanziamento

giunta, «in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale».

La Segnalazione congiunta ha il merito di aver fornito una ricostruzione della normativa vigente in materia di affidamenti del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario, che rimane assoggettata alla disciplina degli artt. 5 e 7 del Regolamento CE n. 1370/2007.

In particolare, a tal proposito, viene chiarito che, tra le forme organizzative del servizio di trasporto ferroviario, la gestione diretta, l'affidamento *in house* e l'affidamento diretto devono configurarsi come modelli gestori dal carattere meramente residuale e derogatorio, in guisa di un principio generale di ricorso alla gara.

La scelta di derogare al suddetto principio generale dell'evidenza pubblica, segnalano le tre Autorità, deve pertanto risultare «presidiata da alcuni specifici obblighi di legge di natura informativa e motivazionale».

L'avviso di pre-informazione, nella lettura offerta dalla Segnalazione congiunta, in un tale contesto, andrebbe pertanto configurato come un vero e proprio strumento a presidio dei suddetti obblighi di natura informativa e motivazionale.

In particolare, le tre Autorità hanno chiarito come non possano considerarsi soddisfatti gli obblighi informativi gravanti in capo agli enti affidanti attraverso la mera pubblicazione dell'avviso di pre-informazione e della motivazione circa la scelta della procedura di affidamento diversa dalla gara.

Infatti, secondo le *Autorithies* si tratterebbe altresì di operare un confronto competitivo tra le offerte presentate da altri eventuali operatori interessati e la proposta avanzata dal soggetto al quale si intende affidare il servizio in via diretta.

Nella ricostruzione fornita dalla Segnalazione congiunta sussisterebbe dunque una tricotomia⁵⁶ tra le diverse forme dell'affidamento diretto, la gara e una forma para-concorsuale di affidamento, scaturente dalla valutazione comparativa tra l'offerta del destinatario dell'affidamento diretto e l'offerta dei potenziali interessati all'affidamento del servizio.

È stato all'uopo affermato che la scelta di procedere ad affidamenti diretti del servizio di trasporto pubblico non potrebbe considerarsi attribuita in via esclusiva alla Pubblica amministrazione affidante⁵⁷.

del servizio. Trattasi, ma si dirà meglio nel prosieguo, di una soluzione intermedia tra la gara e l'affidamento diretto del servizio di trasporto ferroviario regionale, consistente nell'effettuazione di un'analisi comparativa tra l'offerta del soggetto destinatario dell'affidamento diretto e quelle degli altri soggetti interessati che abbiano manifestato l'intenzione di ottenere l'affidamento del servizio a seguito della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione e di un informato accesso agli atti della procedura.

⁵⁶ In questo senso, si è espresso L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, cit., 269.

⁵⁷ Così L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, cit., 263.

Da una siffatta ricostruzione, deriva, in capo agli operatori privati, un'importante facoltà di manifestare il proprio interesse a ottenere l'affidamento, da cui scaturisce, a sua volta, l'obbligo, in capo all'ente affidante, di effettuare una comparazione tra l'offerta del soggetto "prescelto" e quella presentata dagli eventuali ulteriori soggetti interessati alla gestione del servizio.

Le implicazioni che discendono dalla Segnalazione congiunta in oggetto sono molteplici.

Dall'avviso di pre-informazione, nell'interpretazione fornita dalle tre autorità di matrice pro-concorrenziale, discende l'affermazione di un diritto di presentare nuove offerte in favore di soggetti terzi.

Dal principio di trasparenza, applicabile ad ogni settore, e in particolare anche ad un settore escluso, scaturisce il diritto dei terzi di richiedere ed ottenere informazioni per rendere possibile la formulazione di un'offerta alternativa rispetto a quella del soggetto destinatario dell'affidamento diretto.

Da ultimo, dal principio di motivazione, che interessa qualsivoglia tipologia di agire pubblico, deriva l'obbligo in capo alla Pubblica amministrazione di procedere all'eventuale affidamento diretto, solo a seguito dello svolgimento di un'analisi comparativa delle offerte pervenute. In caso contrario, se l'ente affidante non procedesse dunque alla valutazione comparativa in oggetto, il provvedimento di affidamento diretto sarebbe privo di adeguata motivazione e, per questa ragione, passibile di impugnazione.

In conclusione, può affermarsi che la Segnalazione congiunta delle tre Autorità abbia fornito una lettura integrata, *rectius*, sistematica, del Regolamento (CE) n. 1370/2007, svolta alla luce dei principi e delle norme di cui ai Trattati e al Codice dei contratti pubblici.

Una tale interpretazione, con implicazioni di politica del diritto, come già affermato, persegue il risultato di aprire il settore del trasporto pubblico alla concorrenza anche nell'ipotesi in cui la scelta abbia riguardato un affidamento diretto: ciò destando qualche perplessità in ordine all'effettiva sussistenza di un potere in tal senso in capo a A.G.C.M., A.N.A.C. e A.R.T.

Premesso quanto sopra, occorre a questo punto ricordare che il T.A.R. Sardegna ha formulato una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 7, paragrafi 2 e 4, con l'ordinanza del 4 luglio 2018, n. 682, emessa nell'ambito della controversia tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Regione autonoma della Sardegna, di cui si è detto.

Il T.A.R. sardo ha rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, formulando i seguenti quesiti: «Se l'art. 7, paragrafo 2, del Regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che impone, all'autorità competente che intende procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, di prendere i provvedimenti necessari per pubblicare o comunicare le informazioni

necessarie a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio per predisporre un'offerta seria e ragionevole» e «Se l'art. 7, paragrafo 4, del Regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che l'autorità competente, prima di procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, deve valutare comparativamente tutte le offerte di gestione del servizio eventualmente ricevute dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui al medesimo art. 7, paragrafo 4».

I suddetti quesiti hanno trovato risposta con una sentenza della decima Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, resa nella causa C-515/18, il 24 ottobre 2019.

Tale sentenza, in modo alquanto criticabile, ha proposto un'interpretazione che si pone in netto contrasto con quanto affermato, in senso pro-concorrenziale, dalle Autorità amministrative indipendenti italiane, con la Segnalazione congiunta appena analizzata.

Secondo la Corte di Giustizia UE, infatti, «L'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia non sono tenute, da un lato, a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, ad effettuare una siffatta valutazione comparativa di tutte le offerte eventualmente ricevute in seguito alla pubblicazione di tali informazioni».

Pare opportuno, a questo punto, ripercorrere l'analisi del «Contesto normativo» effettuata dalla Corte di Giustizia UE, in quanto, ad avviso di chi scrive, le disposizioni ivi richiamate valgono a destituire di persuasività la decisione operata con la sentenza in analisi.

La Corte di Giustizia ai punti 3 e seguenti della parte dedicata, appunto, al «Contesto normativo. Diritto dell'Unione», richiama, oltre al *Considerando* n. 25, anche i *Considerando* nn. 29 e 30 del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

I suddetti *Considerando* nn. 29 e 30 potrebbero essere da soli idonei a ritenere condivisibile l'orientamento fatto proprio dalle tre Autorità con la Segnalazione congiunta.

Il *Considerando* n. 29 prevede che «Ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, ad eccezione delle misure di emergenza e dei contratti relativi a distanze limitate, le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono

aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi».

Il *Considerando* n. 30 prevede che i «I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza».

Si è già più volte ribadito che l'art. 7 par. 2, interessato dal dubbio ermeneutico, richiede alle autorità competenti di pubblicare alcune informazioni.

Tale obbligo di pubblicazione degrada a mera facoltà solo nell'ipotesi in cui si tratti di aggiudicare un contratto di servizio pubblico riguardante una fornitura annuale di meno di 50.000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri.

L'art. 7, par. 4, impone invece che, nell'ipotesi in cui ciò sia richiesto da una parte interessata, l'autorità competente le trasmetta la motivazione della decisione di aggiudicazione diretta del contratto di servizio di trasporto.

Al fine di verificare se tali norme potessero interpretarsi nel senso di richiedere alle autorità competenti, in primo luogo, di pubblicare tutte le informazioni necessarie per permettere agli operatori interessati di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e, in secondo luogo, di effettuare una valutazione comparativa tra tutte le offerte pervenute, l'A.G.C.M. insisteva affinché venissero presi in adeguata considerazione non solo il tenore letterale delle disposizioni, ma anche il contesto, gli scopi perseguiti dalla normativa nel suo complesso e la genesi delle disposizioni.

La risposta della Corte di Giustizia dell'UE, in primo luogo, ha escluso che il contenuto letterale delle disposizioni controverse potesse essere interpretato nel senso sperato dall'A.G.C.M.

Con riferimento a tale assunto, non può che convenirsi con la ricostruzione operata dai Giudici europei. Infatti, l'art. 7, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 predispone un elenco degli elementi che l'autorità competente deve necessariamente pubblicare un anno prima dell'aggiudicazione diretta e tali elementi non sono senz'altro idonei a consentire agli interessati la formulazione di una proposta suscettibile di una successiva valutazione comparativa.

In secondo luogo, la CGUE ha escluso che la previsione di un obbligo di esternare la motivazione in ordine alla decisione di aggiudicazione in via diretta, di cui all'art. 7, par. 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, possa tradursi nell'obbligo di effettuare delle valutazioni quantitative o qualitative delle offerte che l'autorità competente abbia eventualmente ricevuto⁵⁸.

L'aspetto sul quale non può convenirsi con la ricostruzione dei giudici europei riguarda la valutazione del contesto delle disposizioni oggetto di interpretazione e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui le stesse fanno parte⁵⁹.

Orbene, la Corte di Giustizia UE ha risolto la questione a partire dalla

⁵⁸ In questo senso, si veda il punto n. 26 della parte motiva della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 ottobre 2019.

⁵⁹ Sul punto, si vedano i punti nn. 27 e seguenti della parte motiva della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 ottobre 2019.

distinzione esistente tra due regimi di aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

Nella specie, il Regolamento (CE) n. 1370/2007 distingue tra «aggiudicazione diretta» e aggiudicazione previo esperimento di una procedura di gara.

La Corte, effettuata la suddetta premessa, ha concluso rilevando che l'aggiudicazione diretta esclude qualsiasi previa procedura di gara e che la distinzione tra i due regimi di aggiudicazione verrebbe meno se le disposizioni dell'art. 7, paragrafi 2 e 4, venissero interpretate nel senso di ritenere necessaria, in ipotesi di aggiudicazione diretta, una valutazione comparativa delle offerte eventualmente ricevute.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, la distinzione tra i due regimi di aggiudicazione permane anche a voler ritenere sussistente un obbligo di comparazione delle offerte pervenute a seguito della formulazione dell'avviso di pre-informazione.

E infatti, se da un lato, le cautele richieste in ipotesi di affidamento diretto non possono considerarsi tali da elidere qualsivoglia differenziazione tra la procedura di gara e l'aggiudicazione diretta; dall'altro lato, le stesse cautele risulterebbero prive di qualsivoglia risvolto pratico se non venissero interpretate nel senso di garantire, quantomeno, un diritto di reazione in capo agli operatori interessati.

Il diritto di reazione in capo agli operatori interessati non solo discende dall'avviso di pre-informazione, ma anche dal necessario rispetto dei principi generali del Trattato, in ipotesi di aggiudicazione diretta. I principi generali che ivi vengono in gioco si individuano nella trasparenza e nella parità di trattamento: ciò in quanto i contratti aggiudicati direttamente non sono esentati dal rispetto dei citati principi del Trattato⁶⁰.

A conferma della necessaria applicazione dei suddetti principi, va richiamata la Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 92/01 in materia di orientamenti interpretativi del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

La Comunicazione in oggetto, fatto richiamo ai principi di trasparenza e parità di trattamento, individua proprio nella necessità di dare attuazione a tali principi la ragione stessa per la quale è richiesta la pubblicazione di determinate informazioni prima di poter procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia.

⁶⁰ In questo senso, si veda la Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 92/01, «Comunicazione della Commissione sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia», che, al punto n. 2.3.5. «Articolo 5, paragrafo 6. Servizi ferroviari che possono essere oggetto della procedura di aggiudicazione diretta», richiama il *Considerando* n. 20 del Regolamento (CE) n. 1370/2007: «Quando l'autorità pubblica decide di affidare a un terzo un servizio d'interesse generale, la scelta dell'operatore di servizio pubblico deve avvenire nell'osservanza della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e di concessioni, quale risulta dagli articoli da 43 a 49 del trattato, nonché nell'osservanza dei principi di trasparenza e di parità di trattamento». Il testo della Comunicazione della Commissione europea è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, n. C 92, del 29 marzo 2014, disponibile su www.eur-lex.europa.eu.

La Comunicazione, peraltro, nell'affermare che l'obbligo di pubblicare determinate informazioni risponde all'esigenza di garantire obiettivi di trasparenza e parità di trattamento, sottolinea il tipo di rapporto di regola ed eccezione esistente tra aggiudicazione mediante gara e aggiudicazione diretta.

In altri termini, secondo la Commissione, il sistema delineato dal Legislatore comunitario con il Regolamento (CE) n. 1370/2007 si basa sulla regola generale della procedura a evidenza pubblica. Un'interpretazione dell'avviso di pre-informazione alla luce dei principi sin qui richiamati non può che andare nel senso di garantire una reazione in capo ai soggetti che abbiano manifestato il proprio interesse all'aggiudicazione del contratto di servizio. L'unica reazione plausibile si rinviene nella possibilità di proporsi, quale possibile aggiudicatario, all'autorità competente. Diversamente, l'avviso di pre-informazione sarebbe «un mero atto di pubblicità fine a se stesso»⁶¹.

Perché vi sia trasparenza e parità di trattamento, una risposta esaustiva dell'autorità, a fronte di una ulteriore proposta, non può che coincidere con un confronto comparativo delle offerte, che dia conto della motivazione per la quale si ritiene comunque maggiormente opportuno procedere mediante l'affidamento diretto.

Quanto poi agli obiettivi perseguiti dalla normativa analizzata, allo scopo di garantire una corretta interpretazione delle disposizioni dall'oscura formulazione, i Giudici dell'Unione europea hanno effettuato richiamo ad alcuni *Considerando* del Regolamento (CE) n. 1370/2007: trattasi dei *Considerando* n. 25, 29 e 30.

I suddetti richiami non possono che considerarsi insufficienti al fine di dare risposta a un così difficile interrogativo.

Anzitutto, pare opportuno, fare un breve cenno a quanto affermato dai *Considerando* richiamati dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, al fine di fornire un quadro maggiormente completo della questione oggetto d'interesse.

Il *Considerando* n. 25 viene considerato, invero senza addurre all'uopo giustificazione, quale vera e propria espressione di una manifestazione d'intenti del Legislatore comunitario: in questo senso, il Regolamento (CE) n. 1370/2007 si prefiggerebbe lo scopo di definire un quadro giuridico per le compensazioni e/o i diritti di esclusiva per i contratti di servizio e non, invece, l'obiettivo di realizzare un'ulteriore apertura del mercato dei servizi ferroviari⁶².

Attribuire una tale rilevanza al *Considerando* n. 25 è quanto meno privo di giustificazione e infatti, il Regolamento (CE) n. 1370/2007, come confermato dalla Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 92/01, del 29 marzo 2014 sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento stesso, «mira a creare un mercato interno per la fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri. Nel perseguire tale obiettivo, punta a integrare le norme in materia di appalti pubblici».

⁶¹ M. SEBASTIANI, *La Segnalazione di AGCM, ART e ANAC*, cit., 2.

⁶² In questo senso, si veda il punto n. 31 della parte motiva della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, del 24 ottobre 2019.

L'obiettivo di definizione del quadro giuridico delle compensazioni è senz'altro sussistente, ma secondario, o quanto meno, da porsi sullo stesso piano rispetto all'obiettivo di incentivare la concorrenza nel settore dei pubblici trasporti.

Infatti, solo dopo aver individuato lo scopo di creazione di un mercato interno dei servizi pubblici di trasporto passeggeri, la Comunicazione interpretativa ricorda che «il regolamento stabilisce altresì le condizioni alle quali le compensazioni stabilite nei contratti e nelle concessioni per i servizi pubblici di trasporto di passeggeri sono ritenute compatibili con il mercato interno ed esentate dall'obbligo di notifica preventiva degli aiuti di Stato alla Commissione».

A una tale conclusione è possibile pervenirsi anche dalla lettura dei *Considerando* che sono in larga parte dedicati all'importanza di introdurre nel settore dei trasporti una concorrenza regolamentata al fine di accelerare, anzitutto, la liberalizzazione del settore⁶³ e di «garantire servizi di trasporto passeggeri sicuri, efficaci e di qualità» assicurando altresì «la trasparenza e l'efficienza dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri, tenendo conto, in particolare, dei fattori sociali, ambientali e di sviluppo regionale, o nell'offrire condizioni tariffarie specifiche a talune categorie di viaggiatori, ad esempio i pensionati, e nell'eliminare le disparità fra imprese di trasporto provenienti da Stati membri diversi che possono alterare in modo sostanziale la concorrenza»⁶⁴.

Sicuramente maggiore rilievo può attribuirsi al richiamo dei *Considerando* nn. 29 e 30 del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

Nei suddetti *Considerando* si afferma che «I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza» e che «ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, ad eccezione delle misure di emergenza e dei contratti relativi a distanze limitate, le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio di attivarsi».

Ebbene, tali affermazioni non possono tradursi in un diritto di mera contestazione della scelta di procedere mediante un affidamento diretto: si tratterebbe, in tal caso, di un diritto svuotato di qualsivoglia contenuto concreto.

Una mera contestazione relativa al principio stesso dell'aggiudicazione diretta⁶⁵, al più, potrebbe determinare l'esercizio del diritto di revoca in via di autotutela da parte della Pubblica amministrazione aggiudicatrice della determinazione con la quale assume l'impegno ad aggiudicare direttamente un determinato contratto di servizio nel settore dei trasporti.

Tuttavia, non si vede come l'autorità competente potrebbe essere realmente

⁶³ In questo senso, si veda il *Considerando* n. 7 del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

⁶⁴ Il riferimento è al *Considerando* n. 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

⁶⁵ Così si esprime la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza del 24 ottobre 2019, punto n. 33 della parte motiva.

spinta a una tale reazione se non in forza della valutazione di un'offerta migliore rispetto a quella dell'operatore cui si intendeva affidare direttamente il contratto di servizio. Una siffatta migliore offerta, infatti, rimanendo l'avviso di pre-informazione ingessato nei contenuti di cui al paragrafo 2, dell'art. 7, non può neppure venire a esistenza.

Attribuendo tale ruolo all'avviso di pre-informazione, l'obbligo di motivazione varierebbe a seconda che vi sia stata o meno una manifestazione di interesse da parte di altri operatori.

Laddove infatti, a seguito della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione, vi sia stata la presentazione di un'offerta alternativa, sarà necessario procedere ad un confronto comparativo e la motivazione dovrà esplicitare anche le ragioni per le quali sia stato preferito l'affidatario prescelto rispetto ad un gestore in via alternativa.

La motivazione, solo a seguito dell'espletamento di un'analisi comparativa, deve quindi rendere nota la correttezza della scelta posta in essere dall'ente affidante alla stregua dei canoni di efficacia, efficienza, economicità e qualità del servizio e di razionale e migliore utilizzo delle pubbliche risorse.

6. *Prospettive per una valutazione comparativa conforme al principio di tutela della concorrenza*

In una prospettiva *de iure condendo*, trattasi ora di verificare in quale modo debba effettuarsi il confronto competitivo⁶⁶, che pur la Corte di Giustizia UE e la giurisprudenza più recente in merito all'ordinarietà del ricorso all'*in house* hanno escluso.

La questione è demandata alla corretta interpretazione del Regolamento di settore, la quale non può che essere sistematica, vale a dire collocata all'interno del sistema di norme che governano la più generale materia degli affidamenti dei pubblici servizi.

⁶⁶ Concordemente rispetto alla tesi per la quale non può sussistere una motivazione adeguata senza procedere a una valutazione comparativa, si legga la deliberazione n. 62/GEST/2017 della Corte dei conti, Sezione regionale Sicilia, con la quale è stata approvata la «Relazione relativa alla verifica del piano operativo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie dirette e indirette della Regione siciliana», il cui testo è reperibile in www.banchedati.corteconti.it. In tale relazione, oltre a ribadire l'inefficienza delle società pubbliche, si rileva altresì la necessità di prendere in considerazione altresì l'offerta del servizio da parte del mercato. In particolare, si legge che: «Non è ammissibile che siano mantenute società pubbliche se il mercato può rispondere in maniera adeguata ed efficiente alla domanda di beni e servizi proveniente dalla pubblica amministrazione; né è pensabile che i contratti di servizio siano stipulati senza avere valutato se il corrispettivo previsto per l'erogazione delle commesse pubbliche sia corrispondente o meno a quelli di mercato; allo stesso modo non risulta che, nel settore dei servizi a rilevanza economica (come il trasporto pubblico locale), sia stata effettuata un'analisi attenta in ordine alla compatibilità dei contributi erogati dalla Regione, ammissibili solo in termini di compensazioni per gli obblighi di servizio pubblico», 14.

In un tale contesto, assume fondamentale rilievo il disposto dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici.

Il Legislatore nazionale, infatti, nonostante abbia escluso la materia degli affidamenti del servizio di trasporto pubblico locale dei passeggeri dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ha comunque attribuito all'art. 4 del medesimo codice⁶⁷ portata generale, perché espressione di principi di fondamentale interesse.

Secondo la Segnalazione congiunta, leggendo le disposizioni del Regolamento di settore n. 1370/2007, alla luce dei suddetti principi, gli enti affidanti avrebbero dovuto trovare un criterio guida nell'effettuazione del confronto competitivo.

Proprio a questo proposito, si è parlato in dottrina di una segnalazione "normativa"⁶⁸, perché nata con l'intento di incidere in termini di *dictum* normativo sui successivi comportamenti degli enti affidanti, i quali, laddove venissero meno a quanto "stabilito" entro tale segnalazione avrebbero potuto andare incontro all'irrogazione di sanzioni.

Ciò che ci si è domandati è se le Autorità adottanti la segnalazione congiunta potessero effettivamente farsi portatrici di un potere di tale portata e come il contenuto di tale atto debba coordinarsi con la soluzione contrastante della Corte di Giustizia UE.

La soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea risulta, ad avviso di chi scrive, sottoponibile a visione critica. Ciò, non solo in guisa di tutte le considerazioni sinora svolte, ma anche e soprattutto avuto a riguardo al quadro normativo di riferimento esistente a livello euro-unitario⁶⁹, manifestamente improntato a rendere effettivo, seppur con le proroghe concesse, un generale principio pro-concorrenziale.

⁶⁷ L'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 50/2016, rubricato «Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi», così recita: «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica».

⁶⁸ L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, cit., come si evince già dal titolo del contributo.

⁶⁹ In dottrina, con riferimento all'interpretazione dell'art. 7, par. 2, 3 e 4, del Regolamento CE n. 1370/2007, alla stregua della quale l'avviso di pre-informazione richiederebbe oltre all'adempimento di obblighi informativi e motivazionali anche di un obbligo di comparazione delle offerte pervenute, si parla di un'implicazione dell'interpretazione del Regolamento stesso alla luce dei principi generali in materia di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento posti a fondamento del TFUE e previsti altresì dall'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, norma, quest'ultima, di applicazione generale nonostante sia contenuta nel Codice dei contratti, dal quale risulta esclusa la disciplina dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia. In questo senso, L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, cit., 260.

Il miglior pregio della Segnalazione congiunta di cui si è già ampiamente detto poteva infatti individuarsi nell'aver fornito un'interpretazione delle norme oggetto di dubbio interpretativo in via sistematica e, dunque, in senso sostanziale.

In particolare, si ritiene che i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, ai quali va attribuita valenza permeante dell'intero sistema economico-giuridico delineato a livello euro-unitario, devono orientare l'interprete nella lettura di qualsivoglia disposizione in materia di procedure di affidamento in via diretta.

Inoltre, deve ricordarsi che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia UE⁷⁰, anche in ipotesi di concessioni sotto soglia, per le quali non trovano applicazione le disposizioni di cui alla Direttiva 2014/23/UE, si applicano i principi generali del TFUE e, nello specifico, i richiamati principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, oltre all'art. 86 TCE che, in relazione ai servizi pubblici economici, prevede che il regime monopolistico possa giustificarsi solo se indispensabile per il raggiungimento degli obiettivi di servizio pubblico⁷¹.

E allora, non si vede il motivo per cui, nel caso dei pubblici trasporti, ove il Legislatore comunitario non ha individuato delle soglie, ma ha previsto la facoltà per le autorità locali competenti di aggiudicare direttamente le concessioni al di sotto di determinati valori, non debba considerarsi sussistente⁷² la necessità di garantire il rispetto di principi di applicazione generale come quelli appena richiamati, nonostante l'esistenza del principio di libera amministrazione.

⁷⁰ Il riferimento è, in particolare, a Corte di Giustizia dell'Unione europea, 16 aprile 2015, C-278/14, in www.curia-europa.eu.

⁷¹ Così M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica*, cit., 1415 ss., ove si legge che la legittimità del monopolio è suscettibile di sindacato ai sensi dell'art. 86 TCE.

⁷² Non manca in dottrina chi ritiene che in ipotesi di aggiudicazione diretta non debbano essere rispettati tali principi generali di parità di trattamento e non discriminazione, ma solo gli obblighi di pubblicità informativa, di cui all'art. 7 del Regolamento n. 1370/2007. In questo senso, si è espresso N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella Direttiva 2014/23/UE*, cit., 550. Tuttavia, l'Autore non sembrerebbe sostenere la suddetta tesi senza ammettere critiche in senso contrario, poiché nelle considerazioni conclusive, del contributo citato, afferma quasi in tono discordante che non sembra che possano escludersi: «in via interpretativa, forme di osmosi delle norme generali nella disciplina di settore. Ciò in particolare, potrebbe accadere laddove le norme generali, da un lato, costituiscano attuazione di principi di portata generale del TFUE, valevoli, in quanto tali, anche nell'ambito settoriale; dall'altro lato, laddove esse ammettano facoltà, escluse dalla disciplina di settore, la cui mancata estensione possa essere considerata cagione di ingiustificata disparità di trattamento», 552-553. Ebbene, proprio sulla scorta di tale ultima affermazione si ritiene di dover sostenere *a fortiori* la tesi della necessaria applicazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione procedente si sia determinata nel senso di un'aggiudicazione diretta, il cui avviso di pre-informazione non può che confluire in una vera opportunità per gli operatori economici interessati di candidarsi quali, comunque, potenziali aggiudicatari diretti.

In un siffatto contesto, si auspica dunque che il Legislatore nazionale intervenga con maggiore incidenza rispetto al modello dei disincentivi economici, eventualmente, anche precisando i contenuti dell'avviso di pre-informazione, nel senso di rendere le residuali ipotesi di aggiudicazione diretta maggiormente conformi ai suddetti principi generali, mediante la previsione di una valutazione comparativa preventiva all'affidamento diretto.

7. Conclusioni

Sulla base dell'analisi proposta con il presente contributo in merito ai requisiti dell'*in house* e in ordine alla necessità per la pubblica Amministrazione procedente di esporre le ragioni per le quali l'affidamento *in house* avrebbe assicurato, a discapito del mercato, il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori e l'economicità del servizio, non si conviene con la conclusione raggiunta dai Giudici di Palazzo Spada, quanto meno sull'ordinarietà del ricorso all'*in house* nel settore in considerazione.

L'ordinarietà del ricorso a siffatte procedure di affidamento diretto, infatti, ad avviso di chi scrive, andrebbe esclusa anche solo in considerazione del disposto dell'art. 106, comma 2, TFUE, nella parte in cui contempla la possibilità di venir meno alle regole della concorrenza solo ove la loro applicazione risulti da ostacolo alla speciale missione perseguita dalle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Se è pur vero che il panorama ordinamentale esistente attualmente non consente di affermare che sussista un onere motivazionale rafforzato per gli Enti affidanti che scelgano di non ricorrere al mercato, permangono tutt'oggi dubbi interpretativi privi di soluzione inequivoca.

Si pensi, non solo, al contrasto esistente tra la segnalazione congiunta delle Autorità amministrative indipendenti e la successiva soluzione contrastante della Corte di Giustizia dell'Unione europea in merito alla valenza dell'avviso di pre-informazione, ma anche all'attuale pendenza del quesito posto alla medesima Corte circa l'esistenza o meno di un divieto previsto dalla legislazione nazionale di procedere mediante affidamenti diretti.

Si è accennato che, a fronte dell'inesistenza di un vero e proprio divieto di ricorrere ad affidamenti diretti del servizio di trasporto pubblico locale, il nostro ordinamento contempla norme orientate a promuovere la concorrenza.

Il riferimento è all'art. 18 del "Decreto Burlando", più volte richiamato, e all'art. 27 del d.l. n. 50/2017.

Tuttavia, va segnalato, come evidenziato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti, A.R.T., nel sesto rapporto annuale al Parlamento, del 25 giugno 2019⁷³,

⁷³ Il Sesto Rapporto Annuale al Parlamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, A.R.T. è reperibile sul sito internet dell'Autorità, www.autorita-trasporti.it. Attualmente, si precisa che è stato

L'attuazione della suddetta disposizione è stata rimandata dalla recente modifica di cui all'art. 21-*bis*, comma 1, del d.l. n. 119/2018 convertito dalla l. n. 136/2018.

Nello specifico, l'intervento normativo del 2018 ha rinviato all'anno corrente – 2021 – l'applicazione delle disposizioni, dal chiaro intento pro-concorrenziale, che prevedono la riduzione della quota di ripartizione del fondo nazionale dei trasporti in ipotesi di ricorso ad affidamenti diretti, con procedure dunque diverse da quelle dell'evidenza pubblica e comunque non conformi alle delibere dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

Un'ulteriore disposizione che contribuisce a neutralizzare la *ratio* di promozione della concorrenza, di cui all'art. 27 del d.l. n. 50/2017, è quella che esclude la riduzione *de qua* qualora le procedure di affidamento siano comunque conformi alle disposizioni del Regolamento CE n. 1370/2007 e alle disposizioni normative nazionali vigenti.

Entro lo scenario appena descritto, assume fondamentale importanza il contenuto di una delibera adottata dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti già nel 2015 e successivamente sottoposta a un processo di revisione.

La delibera in commento, del 17 giugno 2015, dal titolo «Misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e avvio di un procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento», ha costituito oggetto di un procedimento di revisione avviato nel 2017, con la delibera n. 129/2017, del 31 ottobre 2017, conclusosi con l'approvazione della delibera n. 154/2019⁷⁴.

Le misure adottate con la delibera n. 154/2019 sostituiscono le precedenti contenute nella delibera n. 49/2015.

La pubblicazione del nuovo atto regolatorio ha costituito l'occasione per fornire importanti dati di sintesi in ordine alle modalità di affidamento dei contratti di servizio di trasporto pubblico locale terrestre.

Le Misure proposte, in particolare, disciplinano lo svolgimento delle procedure di affidamento in esclusiva, secondo le diverse modalità della gara, dell'affidamento diretto e/o *in house*, dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su strada e per ferrovia, con distinzione tra gli affidamenti in appalto e quelli in concessione.

Nello specifico le suddette misure sono volte ad accompagnare i soggetti affidanti, quali le Regioni, le Province, le Città Metropolitane e le Agenzie di

pubblicato anche il Settimo Rapporto Annuale al Parlamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, relativo all'anno 2019 e *ivi* pubblicato.

⁷⁴ La Delibera n. 154/2019, recante «Conclusioni del procedimento per l'adozione dell'atto di regolazione recante la revisione della delibera n. 49/2015, avviato con delibera n. 129/2017» è stata pubblicata in data 29 novembre 2019, il cui testo è reperibile su www.autorita-trasporti.it.

Ambito o del trasporto pubblico locale nelle distinte fasi nel percorso di definizione e gestione delle procedure di affidamento.

In particolare, le disposizioni dell'Autorità, ivi stabilite, sono destinate a trovare applicazione in fase propedeutica all'avvio della procedura, ai fini della definizione della disciplina dei beni strumentali, con particolare riferimento ai beni finanziati con risorse pubbliche e al materiale rotabile.

Per guidare le amministrazioni procedenti in fase propedeutica, l'Autorità ha inoltre dettato misure regolatorie finalizzate alla trasparenza, efficienza ed efficacia degli affidamenti, attraverso l'adozione da parte dei soggetti affidanti di una "matrice dei rischi" e di un "piano economico-finanziario simulato", nonché l'individuazione di specifici obiettivi di efficacia ed efficienza, mentre gli affidatari sono soggetti a obblighi di contabilità regolatoria e di separazione contabile.

In fase di affidamento diretto dei servizi, le misure adottate dall'Autorità di regolazione sono volte a garantire agli interessati alle procedure di affidamento un *minimum* di informazioni.

In ipotesi di gara, le misure regolatorie disposte sono anch'esse volte a garantire un'equa e non discriminatoria possibilità di partecipare alla selezione a tutti i soggetti interessati.

Da ultimo, per la fase esecutiva del contratto di servizio, vengono individuate misure volte a garantire un adeguato monitoraggio del servizio e la relativa rendicontazione⁷⁵, un controllo periodico circa l'equilibrio economico del contratto e sui meccanismi di incentivazione e aggiornamento tariffario.

Assume notevole rilevanza anche la determinazione degli obiettivi di efficacia ed efficienza da parte dell'Ente affidante che, nel disciplinare la procedura di affidamento è tenuto a individuare gli obiettivi – in termini di efficacia-redditività, efficienza ed efficacia-qualità⁷⁶ – che l'impresa affidataria deve perseguire

⁷⁵ In questo senso, si veda la «Misura 25 – Monitoraggio e rendicontazione del servizio» di cui all'allegato "A" della delibera n. 154/209, ove, al par. 1, si legge che: «L'Ente affidante definisce nel contratto di servizio un adeguato sistema di monitoraggio del servizio con riferimento alle prestazioni contrattuali di natura economica, tecnico-gestionale e qualitativa, specificando nel contratto di servizio responsabilità, modalità, strumenti, e tempi di rilevazione, rendicontazione e trasmissione dei dati, informazioni e documenti utili». A seguire, al par. 5 della suddetta misura, si precisa altresì che: «I predetti dati, informazioni e documenti rientrano nella titolarità dell'Ente affidante e, al fine di garantire la massima trasparenza nella gestione contrattuale, sono pubblicati sul sito web istituzionale dello stesso, con particolare riferimento a: a) contratto di servizio in vigore; b) le Carte della qualità dei servizi in vigore; c) i risultati delle indagini di *Customer Satisfaction*; d) i principali indicatori di natura economica, tecnico-gestionale e qualitativa previsti dal contratto di servizio».

⁷⁶ Il riferimento è alla «Misura 16 – Determinazione degli obiettivi di efficacia e efficienza», di cui all'allegato "A" della delibera n. 154/209, ove, al par. 1, si definiscono meglio gli obiettivi sopra richiamati, in tal senso: «a) efficacia-redditività, con riferimento al numero di passeggeri trasportati e al tasso di riempimento dei mezzi, e all'incremento della redditività che può conseguire dal recupero dell'evasione tariffaria e da altre politiche commerciali dell'impresa affidataria; b) efficienza, con riferimento alla riduzione del costo operativo del servizio derivanti dall'incremento

nel corso dell'affidamento, pena la configurazione di un inadempimento contrattuale.

A titolo di conclusione, può affermarsi che nel delineato contesto dei servizi di trasporto pubblico locale, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti assume un ruolo di fondamentale importanza in quanto, attraverso l'emanazione dei propri atti di regolazione, guida gli enti affidanti dalla fase propedeutica alla fase di definizione della documentazione di supporto alla procedura di affidamento, quale che sia la procedura prescelta.

A fronte di una normativa che non muta, pertanto, il compito delle Autorità si fa sempre più rilevante, anche in considerazione della possibilità, per esempio, di rendere un affidamento diretto, attualmente non vietato dalla legislazione nazionale, maggiormente conforme ai principi di trasparenza e pubblicità, permettendo agli interessati di presentare una propria offerta da valutarsi.

Ciò che tuttavia risulta maggiormente auspicabile è senza dubbio un intervento del Legislatore in senso chiarificatore.

L'auspicato intervento legislativo dovrebbe volgere – se non all'introduzione di un vero e proprio divieto nazionale di procedere mediante affidamenti diretti nel settore dei trasporti pubblici locali – a prevedere un onere motivazionale rafforzato, sulla falsariga di quello contemplato dall'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici e a rendere l'avviso di pre-informazione, in ipotesi di affidamenti diretti, idoneo a consentire agli operatori potenzialmente interessati, da un lato, di presentare una propria offerta “appetibile” e, dall'altro lato, di conoscere le ragioni giustificative del mancato ricorso al mercato, a seguito di un confronto comparativo tra le due opzioni.

della produttività dei diversi fattori di produzione. Il sistema di efficientamento dei costi trova applicazione nel Piano Economico Finanziario. Per i servizi ferroviari tale sistema è correlato al valore percentuale relativo al recupero di efficienza del costo operativo di cui alla delibera A.R.T. n. 120/2018; c) efficacia-qualità, in termini di miglioramento dei livelli corrispondenti alle condizioni minime di qualità definite dall'Autorità ai sensi dell'art. 37, comma 2, lettera d), del d.l. 201/2011. Per i servizi ferroviari si fa riferimento alla delibera A.R.T. n. 16/2018 ferma restando la possibilità dell'Ente affidante di estenderne anche ai servizi su strada l'applicazione».

Abstract

Il saggio, traendo spunto da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, n. 4310/2020, propone un'analisi critica dell'attuale quadro normativo in materia di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale, con particolare riferimento alla asserita ordinarietà del ricorso al modello dell'*in house providing*. L'Autrice dopo essersi soffermata sulle specificità del modello *in house* nel settore di interesse, sulla ritenuta inesistenza nella legislazione nazionale di un divieto di procedere mediante affidamenti diretti, avendo il legislatore nazionale optato per il diverso modello dei disincentivi e sulla natura dell'avviso di pre-informazione in ipotesi di affidamenti diretti, alla luce di una segnalazione congiunta delle Autorità amministrative indipendenti operanti nel settore e di una pronuncia della CGUE, prospetta come altamente auspicabile un intervento normativo che dovrebbe volgere a prevedere, in ipotesi di affidamenti *in house*, quanto meno un onere motivazionale rafforzato e a rendere, in ipotesi di affidamenti diretti, l'avviso di pre-informazione idoneo a consentire agli operatori potenzialmente interessati di presentare una propria offerta "appetibile" e di conoscere le ragioni giustificative del mancato ricorso al mercato.

In-house provision of local public transport services:
the desired extra-ordinary nature of this procedure

The essay, drawing inspiration from a recent pronouncement of the Council of State, No. 4310/2020, proposes a critical analysis of the regulatory framework about the assignment of local public transport services and, in particular, on the alleged ordinariness of in house providing model. The Author, after focusing her attention on the specificities of the in-house model in the sector of interest, on the non-existence in national legislation of a prohibition on proceeding by direct assignments, having the national legislature opted for the different model of disincentives and on the nature of the pre-information notice in the case of direct assignments, in the light of a independent administrative authorities' report and a pronouncement of the CJEU, it envisages that regulatory intervention is highly desirable, which should aim to provide, in the event of in-house assignments, at least, a strengthened motivation and to make, in the case of direct assignments, the pre-information notice suitable to allow potentially interested operators to submit their own "attractive" offer and to know the reasons for non-recourse to the market.

Accesso civico generalizzato e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale

di Emanuela Concilio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Forme di accesso e trasparenza. Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato. – 3. Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il dibattito giurisprudenziale. – 4. La pronuncia della Adunanza Plenaria n. 10/2020. – 5. Riflessioni di sintesi: il fine non giustifica i mezzi.

1. Premessa

Il binomio accesso civico generalizzato – appalti pubblici costituisce da tempo terreno di scontro, riflettendo la tensione che il principio di trasparenza¹ ha sollevato tra dottrina e giurisprudenza. Il principio, che ontologicamente si contrappone al principio di riservatezza² – costituendo l'uno il limite dell'altro – ha subito una profonda trasformazione grazie alla evoluzione del pensiero giuridico che, da un lato, ha investito il rapporto tra Pubblica Amministrazione e privato³, e dall'altro, ha condotto alla concretizzazione di quell'immagine di Amministrazione di cristallo così autorevolmente definita da Francesco TURATI, già un secolo fa, nel noto monito: «Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro»⁴.

L'evoluzione del pensiero giuridico, sotto entrambi i profili, emerge in modo evidente nel testo della sentenza della Adunanza Plenaria del 2 aprile 2020, n. 10 che, riattualizzando quella prima timida manifestazione di esigenza di cambiamento, fornisce coordinate ermeneutiche che conducono ad affermare

¹ Principio introdotto nella legge 7 agosto 1990, n. 241 dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 tra i canoni generali di esercizio dell'attività amministrativa e poi configurato dal d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33 in termini di *accessibilità totale* delle informazioni riguardanti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni; cfr. sul punto M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove ant.*, 2015, 63 ss.

² Espressione di un diritto di “nuova” generazione, ha trovato ancoraggio prima nell'art. 2 Cost., quale diritto della personalità; cfr. Cass., Sez. III, del 5 marzo 1998, n. 5658), poi nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice privacy) e da ultimo nel GDPR, regolamento (UE) n. 2016/679.

³ Sul ruolo della trasparenza nella relazione tra amministrazione e cittadini, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5945 ss.; B. PONTI, *La trasparenza amministrativa come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, in A. PIOGGIA, A. BARTOLINI, *Cittadinanze amministrative*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 215 ss.; con riguardo specifico all'accesso civico, M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza*, cit.

⁴ F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sessione 1904-1908*, 17 giugno 1908.

oggi, meno timidamente, che la casa della PA deve essere di vetro e deve essere fondata su basi solide costituite dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento⁵, rispetto ai quali la trasparenza, elevata anch'essa a principio fondamentale dell'agire pubblico, diviene lo strumento imprescindibile per l'attuazione dei primi⁶.

Perfettamente calzanti, al riguardo, sono le parole adoperate dal Consiglio di Stato nel parere favorevole reso sullo schema di d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97 – introduttivo dell'art. 5-*bis* del d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e modificativo dell'art. 5 del medesimo decreto – il quale precisa come la trasparenza abbia assunto il ruolo di “valore-chiave” della pubblica amministrazione italiana, come modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri, al fine di risolvere il problema di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. Garanzie ed efficienza che possono realizzarsi solo “rendendo visibile” ai componenti della comunità, il modo di formazione dell'interesse pubblico (inteso come causa dell'atto e del potere amministrativo), nonché rendendo conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate. In altri termini, la trasparenza «viene a configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali e come un obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa⁷».

Il principio così espresso in maniera generale necessita di essere verificato in una materia specifica e settoriale come quella degli appalti pubblici, nei quali esigenze di riservatezza hanno spesso prevalso sul bisogno di conoscenza, con il fine precipuo di tutelare il *know how* degli operatori economici concorrenti.

È in tale contesto che si innesta la (dirompente) sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2 aprile 2020, n. 10, la quale offre l'occasione per esaminare in chiave critica il dibattito giurisprudenziale sorto sulla ammissibilità dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti pubblici.

⁵ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in www.juspublicum.com, 2011; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di), Milano, 2020, 63 ss.

⁶ L'analisi della sentenza in commento è affrontata anche da G. AURIEMMA, *Le diverse forme di accesso nell'ordinamento italiano: il rapporto tra accesso ordinario e accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici*, in www.rivistagiuridicaeuropea.edicampus-edizioni.it; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no ai buchi neri nel principio di trasparenza*, in www.giustamm.it, n. 4/2020.

⁷ Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere del 24 febbraio 2016, n. 515; cfr. S. CASSESE, *Evoluzione della normativa sulla trasparenza*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, 2; nonché M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. Fed.*, 2013, 657 ss., per una critica allo sbilanciamento della normativa sulla trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013 al contrasto alla corruzione.

L'Adunanza Plenaria, infatti, è stata chiamata a pronunciarsi su una questione oggetto di una nota querelle giurisprudenziale che ha visto contrapposti gli orientamenti dei giudici amministrativi in merito alla ammissibilità o meno dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti pubblici ed, in particolare, è stata chiamata a precisarne l'estensione (alla fase di esecuzione del contratto, oppure alla sola fase di svolgimento della gara pubblica) e la portata applicativa (anche in presenza di una istanza dal contenuto generico o complesso, qualificato da entrambe le forme di accesso, documentale *ex* art. 22 della legge n. 241/1990 e civico generalizzato *ex* art. 5-*bis* del d. lgs. 33/2013).

La vicenda originava dal ricorso promosso dinanzi al Tar Toscana⁸ da una società concorrente in una procedura ad evidenza pubblica – seconda classificata nella graduatoria per l'aggiudicazione di un appalto di servizi relativo all'energia – avverso il provvedimento di diniego di accesso ai documenti inerenti alla fase esecutiva del servizio. Il provvedimento di diniego adottato dall'amministrazione si fondava sulla assenza di titolarità in capo al richiedente di un interesse qualificato, risultando l'istanza diretta a verificare l'eventuale inadempimento della società aggiudicataria nell'esecuzione del contratto, per mancata conformità agli *standard* promessi in sede di gara, e a chiedere, conseguentemente, la risoluzione del contratto con scorrimento della graduatoria *ex* art. 140 dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁹.

Il Tar Toscana respingeva il ricorso, affermando la legittimità del contestato diniego per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché l'istanza formulata dalla ricorrente si traduceva in «un'indagine esplorativa tesa alla ricerca di una qualche condotta inadempiente dell'attuale aggiudicataria, di per sé inammissibile», non risultando da alcuna fonte provato l'inadempimento nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali; in secondo luogo, perché, anche volendo qualificare l'istanza come esercizio del “diritto di accesso civico generalizzato”, ai sensi dell'art. 3 del d. lgs n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, lo stesso sarebbe totalmente inoperante nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in base alla previsione dell'art. 5, comma 11¹⁰, e dal successivo art. 5-*bis*, comma 3¹¹, del d. lgs. 33/2013. Conseguentemente, nel caso in esame, riconosceva l'operabilità del solo accesso ordinario.

Avverso tale pronuncia proponeva appello dinanzi al Consiglio di Stato la

⁸ T.A.R. Toscana, Sez. III, 17 aprile 2019, n. 577, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Applicabile *ratione temporis* nella vicenda in esame.

¹⁰ Ai sensi del quale «restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dal Capo II, nonché le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241».

¹¹ Secondo il quale, «il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990».

società soccombente, la quale oltre ad affermarsi titolare di un interesse differenziato e qualificato, forniva una diversa interpretazione della normativa, sostenendo che il riferimento alla l. n. 241/1990 contenuto nel comma 3 dell'art. 5-*bis* cit., non dovesse essere inteso come rinvio fisso alla legge in materia di trasparenza, ma come rinvio "mobile" suscettibile di adeguamento alle riforme del sistema, in quanto, essendo l'introduzione del diritto di accesso generalizzato (ad opera del d. lgs. 97/2016) successivo alla riforma del Codice Appalti, l'art. 53 d. lgs. 50/2016 non poteva che richiamare l'unica disciplina in materia di accesso allora vigente, ossia la l. n. 241/1990.

Alla luce dell'evoluzione descritta, l'appellante qualificava l'accesso civico generalizzato come «cardine della nuova trasparenza amministrativa, anche oltre i confini segnati dall'impianto della legge n. 241/1990», la cui applicazione non può essere sottratta alla materia degli appalti pubblici, ma soprattutto non può essere esclusa nella fase esecutiva, non essendo presente nella norma alcuna distinzione tra fase "pubblicistica di selezione" del contraente e fase di esecuzione del contratto.

I giudici di appello, prendendo atto della necessità di fornire risposte certe su un tema dai molteplici aspetti e dai contrasti interpretativi ravvisabili tra la giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato (in particolare, tra la III Sezione e la V Sezione del Consiglio di Stato nelle rispettive sentenze del 5 giugno 2019, n. 3780¹² e del 2 agosto 2019, n. 5502¹³), rimettevano alla Adunanza Plenaria tre quesiti inerenti: a) la configurabilità o meno della titolarità del diritto di accesso

¹² Così argomenta il Consiglio di Stato: «Come correttamente ritenuto da parte appellante, la prescrizione del comma 3 dell'art. 5 bis del d. lgs. 33/2013 fa riferimento, nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie". Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013, mirano all'attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D'altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/90 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. 33/2013».

¹³ Sulla base di argomentazioni opposte ritiene che «l'eccezione assoluta, contemplata nell'art. 5-bis, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2016, ben possa essere riferita a tutte le ipotesi in cui vi sia una disciplina vigente che regoli specificamente il diritto di accesso, in riferimento a determinati ambiti o materie o situazioni, e che l'eccezione non riguardi quindi soltanto le ipotesi in cui la disciplina vigente abbia quale suo unico contenuto un divieto assoluto o relativo di pubblicazione o di divulgazione se non altro perché tale ipotesi è separatamente contemplata nella medesima disposizione. (...) Ne consegue che il richiamo testuale alla disciplina degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241 va inteso come rinvio alle "condizioni, modalità e limiti" fissati dalla normativa in tema di accesso documentale, che devono sussistere ed operare perché possa essere esercitato il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici».

ordinario, basato sull'art. 22 della legge n. 241/1990, in capo all'operatore economico, il quale, facendo valere il proprio interesse strumentale allo scorrimento della graduatoria o alla ripetizione della gara, intenda conoscere i documenti afferenti all'esecuzione di un contratto pubblico, al fine di verificare l'esistenza dei presupposti per la sua risoluzione; b) la applicabilità, o meno, della disciplina del diritto di accesso civico generalizzato di cui al decreto legislativo n. 33 del 2013 nel settore dei contratti pubblici dei lavori, servizi o forniture, con particolare riguardo alla fase esecutiva delle prestazioni, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice; c) la sussistenza, o meno, del dovere dell'amministrazione di accogliere un'istanza di accesso, formalmente basata sulla disciplina ordinaria di cui all'art. 22 della l. n. 241/1990, o sui suoi presupposti sostanziali, qualora, in difetto del requisito dell'interesse differenziato in capo al richiedente, siano comunque riscontrabili, in concreto, tutti i presupposti per l'esercizio del diritto di accesso civico generalizzato di cui al d. lgs. n. 33/2013.

Quanto al primo quesito, l'ordinanza di rimessione, nel valorizzare l'orientamento più recente della Corte di Giustizia UE – che ha ripetutamente sottolineato la rilevanza dell'interesse strumentale dell'operatore economico che aspiri all'affidamento di una commessa pubblica – prospettava il dubbio che detto operatore, secondo classificato, non potesse essere assimilato al *quisque de populo*, ai fini dell'attivazione dell'istanza ostensiva, «perché la sua posizione funge da presupposto attributivo di un “fascio” di situazioni giuridiche, di carattere oppositivo o sollecitatorio, finalizzate alla salvaguardia di un interesse tutt'altro che emulativo, in quanto radicato sulla valida, anche se non pienamente soddisfattiva, partecipazione alla gara».

Quanto al secondo quesito, la Sezione rimettente, nell'espone le ragioni del contrasto tra l'orientamento giurisprudenziale incline a riconoscere l'applicazione dell'accesso civico generalizzato ai contratti pubblici e quello contrario a tale applicazione, suggeriva una soluzione idonea ad operare una *reductio ad unitatem* delle due discipline, quella dell'accesso documentale e quella dell'accesso civico generalizzato, negando comunque che l'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016 avesse inteso dettare una disciplina esaustiva ed esclusiva dell'accesso in questa materia, con la conseguente impossibilità di consentire l'accesso civico generalizzato agli atti di gara in virtù della preclusione assoluta di cui all'art. 5-bis, comma 3, del d. lgs. n. 33/2013, e proponendo una lettura fondata sul rapporto di coordinamento-integrazione tra le suddette discipline.

Infine, quanto al terzo quesito, la Terza Sezione, pur premettendo che l'istanza di accesso proposta dalla società soccombente non fosse univocamente formulata ai sensi degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990 e che la stessa stata sarebbe connotata dal solo fine ostensivo perseguito, investiva l'Adunanza Plenaria del compito di chiarire se fosse consentito al giudice di verificare la sussisten-

za dei presupposti legittimanti l'accesso civico qualora «il richiedente abbia speso una sua eventuale qualità differenziata e questa, tuttavia, non attinga i requisiti di legittimazione delineati dalla l. n. 241/1990, con particolare riguardo all'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, nella motivazione dell'atto negativo, si sia espressa in senso sfavorevole per il cittadino, anche in ordine al primo profilo».

2. *Forme di accesso e trasparenza. Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato.*

Per comprendere appieno le risposte ai quesiti fornite dalla Adunanza Plenaria, appare utile ricostruire, seppur brevemente, l'attuale quadro normativo in materia di accesso. Come noto, la disciplina dell'accesso agli atti in possesso della Pubblica Amministrazione è dettata da tre distinte fonti normative: la legge n. 241/1990 che agli artt. 22 e ss. disciplina l'accesso documentale cd. ordinario; il d. lgs. n. 33/2013 che all'art. 5, co. 1 regola l'accesso civico (semplice); il d. lgs. n. 97/2016 che, novellando l'art. 5 del d. lgs. 33/2013, ha introdotto l'accesso civico generalizzato (art. 5, co. 2).

Ciascuna di esse ha portata generale, presenta presupposti applicativi autonomi e *rationes* differenti, venendo a formare un sistema composito di istituti tra loro pari ordinati¹⁴, espressione di una diversa gradazione del principio di trasparenza nel bilanciamento dei contrapposti interessi. Tale bilanciamento, infatti, tiene conto della polisemia che la trasparenza ha assunto nel tempo¹⁵, non costituendo più soltanto il *fine* dell'azione amministrativa, ma divenendo lo *strumento* per tutelare l'interesse generale; la *condizione* indispensabile per coinvolgere i cittadini nella “cosa pubblica”¹⁶; il *mezzo* per prevenire e contrastare fenomeni di corruzione, mentre il fine diventa quello più ampio di tutelare l'imparzialità e il buon andamento della P.A.¹⁷

¹⁴ Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5502 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ Sulla polisemia del principio di trasparenza v. G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 26; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, 311 ss.

¹⁶ Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, afferma «l'accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di motivazione, a tutti i cittadini singoli e associati, in guisa da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della “cosa pubblica”, oltreché mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione».

¹⁷ Ciò è evidente nell'art. 1 del d. lgs. 33/2013 che, a differenza dell'art. 1 della l. n. 241/90 che si limita ad una mera enunciazione del principio, fornisce una definizione di trasparenza, intesa come «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, a favorire la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche».

La coesistenza di plurime forme di accesso è stata più volte oggetto di analisi da parte della dottrina¹⁸ e della giurisprudenza, laddove la presenza di tre modalità di ostensione degli atti pubblici, seppur caratterizzate da presupposti diversi – in termini di limiti ed eccezioni – ed ispirate a logiche non del tutto sovrapponibili, ha ingenerato dubbi e perplessità non solo sui rapporti sussistenti tra gli stessi istituti in esame, ma anche sulla corretta qualificazione dell’istanza da parte dell’amministrazione destinataria della stessa¹⁹.

È noto che l’accesso documentale di cui all’art 22 e ss. della l. n. 241/1990 sia caratterizzato dalla necessaria legittimazione soggettiva della parte richiedente l’ostensione, la quale per poter avere accesso ai documenti detenuti dalla P.A., deve dimostrare di essere titolare di una posizione giuridica differenziata rispetto alla generalità dei consociati. L’istituto, a seguito della modifica apportata dalla l. n. 15/2005 ai commi 1 e 2 dell’art 22 della legge sul procedimento amministrativo, si configura come strumento per consentire ai soggetti legittimati di esercitare al meglio le facoltà – partecipative e/o oppositive – che l’ordinamento attribuisce loro a tutela della posizione giuridica qualificata di cui questi sono titolari²⁰, non avendo quindi come finalità principale la garanzia della trasparenza. Per questa ragione, l’esercizio di tale diritto si contraddistingue per essere una posizione giuridica cd. di “di secondo grado”, ossia di supporto all’esigenza di proteggere un interesse giuridico sottostante²¹ (“personale” ed egoistico del

¹⁸ B.G. MATTARELLA, M. SAVINO, *L'Italia e gli altri sistemi F.O.I.A.: convergence at last?*, in a cura di B.G. MATTARELLA, M. SAVINO, *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018, 20, i quali evidenziano che la stratificazione delle diverse tipologie di accesso costituisce una peculiarità tutta italiana; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743 ss.; N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 2019, 539 ss.; A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, 577 ss.; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, 2016, in www.federalismi.it.

¹⁹ M. CALABRÒ, A. SIMONATI, *L'accesso dei privati alle informazioni e agli atti amministrativi: la multi-forme applicazione del principio di trasparenza*, in a cura di F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO, *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, 2513 ss.

²⁰ D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione*, cit., evidenzia come nella versione originaria della l. 241/90 il diritto di accesso fosse riconosciuto «Al fine di assicurare la trasparenza dell’attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale», «a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», mentre con la novella del 2005 viene meno il riferimento, nel comma 1 dell’art. 22, all’accesso come strumento di trasparenza e gli interessati vengono indentificati solo come «i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso»; cfr. anche D.U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?*, in *It. J. Pub. L.*, 2014.

²¹ Per una trattazione più approfondita sul punto cfr. A. SIMONATI, M. CALABRÒ, *Le modalità*

soggetto), seppur entro certi limiti. A tal riguardo, l'art. 24 della l. n. 241/1990, disciplinante l'esclusione del diritto di accesso, da un lato, individua specifiche ipotesi di esclusione²² (tra cui i casi di segreto di Stato) e, dall'altro, demanda alle singole pubbliche amministrazioni di individuare categorie di documenti sottratti all'accesso (comma 2), nonché al Governo (in virtù del potere regolamentare ad esso affidato dall'art. 17, co. 2 della l. 23 agosto 1988, n. 400), di individuare ulteriori casi nei quali, nel bilanciamento degli interessi, l'accesso agli atti documentale debba soccombere in favore di superiori interessi pubblici (comma 6). In ogni caso, la norma precisa, al comma 3, che «non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni».

Diversamente, l'accesso civico *ex* d.lgs. n. 33/2013, sia quello semplice (art. 5, co. 1)²³ che quello generalizzato (art. 5, co. 2)²⁴, concentrandosi sulla finalità della trasparenza, attribuisce rilievo al solo aspetto oggettivo dell'istituto e, distogliendo l'attenzione dalla qualifica del richiedente, riconosce a chiunque²⁵

di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela, in a cura di M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione Amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 1318 ss.

²² Ai sensi dell'art. 24, co. 1, l. n. 241/1990, il diritto di accesso è escluso: a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

²³ Ai sensi del quale, «L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione».

²⁴ Ai sensi del quale, «Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.» Quest'ultimo è stato introdotto dall'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 97/2016, nell'ambito di una più ampia strategia legislativa di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione avviata dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 (fondata sull'idea che il principio di trasparenza costituisca strumento necessario per la prevenzione dei fenomeni corruttivi e gli obblighi di pubblicazione il mezzo principale per ottenere la realizzazione del principio); R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 906, secondo i quali il d.lgs. n. 33/2013 è uno dei «mattoni fondamentali nella strategia di ricostruzione della *ethics infrastructure*».

²⁵ La caratterizzazione generica del soggetto richiedente non è nuova per il legislatore e sembra evocare l'art. 10 della l. 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. Legge ponte), che nel modificare l'art. 31 della Legge Urbanistica del 1942 (l. n. 1150/1942), ha previsto che «chiunque» possa prendere visione, presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere

– senza alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva e senza alcuna motivazione (art. 5, co. 3) – il diritto di accedere, ai dati, ai documenti e alle informazioni che la pubblica amministrazione è tenuta a pubblicare sul proprio sito e abbia omesso di farlo (accesso civico semplice), ovvero il diritto di accedere agli ulteriori dati e documenti detenuti dalla p.a., a prescindere da quelli oggetto di pubblicazione (accesso civico generalizzato), allo scopo dichiarato di «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis»²⁶.

L'art. 5-*bis* del d. lgs. 33/2013, oltre ad individuare le categorie di interessi pubblici (comma 1)²⁷ e privati (comma 2)²⁸ legittimanti il diniego di accesso

contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione. Una simile locuzione aveva indotto dottrina e giurisprudenza a chiedersi se la c.d. Legge ponte avesse inteso introdurre una sorta di azione popolare in materia di impugnazione dei titoli edilizi. In quella circostanza, l'interrogativo fu ben presto risolto a favore di un'interpretazione maggiormente aderente ai principi ormai consolidati della giurisprudenza in tema di legittimazione ad impugnare i provvedimenti amministrativi da parte dei terzi (connessa alla sussistenza di un interesse qualificato e differenziato). Sicché si ritenne che la norma intendesse riconoscere una tutela specifica in favore di coloro che si fossero trovati in una particolare situazione giuridico-fattuale di "vicinanza" rispetto all'intervento edilizio assentito, al punto da ritenere il provvedimento impugnato oggettivamente idoneo a determinandone una lesione concreta, immediata e attuale della loro posizione soggettiva. Venne così ideato il concetto di *vicinitas*, in base al quale considerare legittimati all'impugnazione delle licenze edilizie fossero non soltanto gli immediati "vicini", ma anche tutti coloro che potessero vantare una stabile relazione con i luoghi interessati dall'edificazione; ciò a condizione che tali soggetti fossero anche titolari di un interesse concreto, attuale e personale a dolersi dell'illegittimità dell'atto per il pregiudizio effettivo che questo gli aveva arrecato e che l'impugnativa tendeva a rimuovere. Problematica del tutto superata a seguito della abrogazione dell'art. 31 della Legge Urbanistica, avvenuta ad opera dell'art. 136, comma 1, lettera a) del d.P.R. n. 380/2001. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 1970 n. 523, ricordata come sentenza del "chiunque", in A. LONGO, *La legittimazione dei terzi ad impugnare gli atti amministrativi in materia edilizia e urbanistica: vicinitas e ulteriori condizioni di accesso alla tutela processuale*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 516.

²⁶ Art. 5, co. 2, cit.

²⁷ L'art. 5-*bis*, co. 1, d. lgs. n. 33/2013 recita: «L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive».

²⁸ L'art. 5-*bis*, co. 2, d. lgs. n. 33/2013 recita: «L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali».

civico, al comma 3 prevede che il diritto di accesso civico non possa trovare applicazione nei casi di divieto assoluto previsti dalla legge (come ad esempio *nei casi di segreto di Stato*), e nei casi in cui l'accesso sia subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241/1990²⁹.

Tale sistema a "geometria variabile" è stato ben raffigurato con un'espressione suggestiva che definisce l'accesso documentale e l'accesso civico generalizzato come istituti a "diversa profondità ed estensione"³⁰, nel senso che, nel diverso bilanciamento degli interessi in gioco, l'accesso procedimentale condurrebbe ad «un accesso più in profondità a dati pertinenti», mentre l'accesso generalizzato realizzerebbe un accesso «meno in profondità» ancorché «più esteso», considerato che esso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni³¹.

Le diverse "profondità ed estensioni", tuttavia, non possono che essere il riflesso proprio delle differenti finalità sottese all'accesso procedimentale classico e all'accesso civico, semplice e generalizzato: mentre la l. n. 241/1990 costruisce l'accesso documentale come forma di partecipazione al procedimento da parte dei soggetti legittimati, al fine di consentire a questi di ottenere un bene idoneo a soddisfare i propri bisogni e rispetto ai quali la conoscenza dell'informazione è puramente strumentale³², con il d. lgs. n. 33/2013 si assiste ad un ribaltamento di prospettiva, divenendo l'accesso civico lo strumento per attuare il fine della realizzazione di superiori esigenze di trasparenza, intesa come *accessibilità totale, come forma diffusa di controllo e come libertà di conoscenza*³³.

Una simile ricostruzione ha consentito di ricondurre l'istituto dell'accesso

²⁹ Testualmente, il comma 3 dell'art. 5-*bis* recita: «Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990».

³⁰ Si tratta di un'affermazione utilizzata per la prima volta nelle "Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, co. 2 del d.lgs. 33/2013" di cui alla Delibera ANAC, 28 dicembre 2016, n. 1309, par. 2.3.

³¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 651; T.A.R. Lazio, Sez. III, 21 marzo 2017, n. 3742; Così T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 19 giugno 2018, n. 6875, in www.giustizia-amministrativa.it.

³² S. COGNETTI, «Quantità» e «qualità» della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000, 44 ss.

³³ Il riferimento è all'art. 1 del d. lgs. n. 33/2013 che, nel delineare il principio generale di trasparenza afferma che "La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni" allo scopo peraltro di "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"; e all'art. 2 del medesimo decreto che, nell'individuare l'oggetto di disciplina precisa che: "Le disposizioni del presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni".

civico generalizzato al cd. “*Freedom of information act*” (FOIA) – al quale dichiaratamente si ispira³⁴ – che nel sistema giuridico statunitense, ha da tempo superato il principio dei limiti soggettivi all’accesso, riconoscendolo ad ogni cittadino, con la sola definizione di un “*numerus clausus*” di limiti oggettivi³⁵, a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, come precisa lo stesso art. 5, co. 2 d.lgs. n. 33/2013, con lo scopo di consentire un controllo diffuso del cittadino sull’attività della P.A.³⁶

Del resto, l’individuazione “tassativa” di limiti al FOIA trova la propria *ratio* nell’art. 10 CEDU – il quale tutela il diritto d’accesso quale componente della libertà di informazione – richiamato sia dalla circolare n. 2 del 2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione (2.2), sia dalle Linee Guida ANAC (par. 2.1). In esse, l’ANAC ha invitato le amministrazioni a “tenere in adeguata considerazione il grado di maggiore trasparenza dell’attività amministrativa, conseguente alle novità introdotte dal d.lgs. n. 97/2016 e soprattutto a valutare “caso per caso” le istanze di accesso, con esclusione di qualsiasi generalizzazione e automatismo (par. 6.3).

Lo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva³⁷, nel vagliare tutte le implicazioni sottese alla *ratio* dell’intervento, ha espresso parere favorevole sullo schema di accesso civico proposto dal decreto legislativo, apprezzando in particolar modo due aspetti: in primo luogo, l’esclusione di qualsivoglia interpretazione estensiva o analogica delle limitazioni oggettive dell’accesso civico, con la conseguenza che, per taluni “casi”, le norme speciali (ovvero l’art. 24 co. 1 L. 241/1990) possono prevedere «specifiche condizioni, modalità e limiti», onde scongiurare il rischio di vedere l’intera “materia” sottratta alla disciplina dell’accesso; in secondo luogo, la valorizzazione della trasparenza nelle procedure di gara come strumento di prevenzione della corruzione³⁸.

Dalla coesistenza di più istituti emergono indubbe conseguenze applicative, prima tra tutte quella relativa alla scelta della forma di accesso più idonea al caso concreto, da parte del soggetto istante; e quella, speculare, della corretta quali-

³⁴ A cura di M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2020, 135 ss.

³⁵ La maggior parte delle eccezioni indicate dall’art. 5 *bis* ricalcano quasi integralmente la formulazione vigente nell’Unione europea e sono in larga misura coincidenti con lo stesso *Freedom of Information Act* britannico; anche nell’ordinamento statunitense il pieno riconoscimento del *right to know* convive con la previsione di una serie di eccezioni poste a presidio del buon funzionamento del settore pubblico.

³⁶ Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, cit., afferma l’esistenza di “*un nuovo sistema di accesso civico, tendenzialmente generalizzato, che si ispira al sopracitato FOIA statunitense secondo la regola primaria della general disclosure di qualsiasi atto, salvo tassative eccezioni, anche se non sottoposto a pubblicazione*”.

³⁷ Cfr. Commissione Speciale Cons. Stato, parere 24 febbraio 2016, n. 515, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Appare interessante notare come l’art. 4, d. lgs. 33/2013, rubricato “Limiti alla trasparenza” sia stato abrogato dall’art. 43, co. 1, d. lgs. 97/2016.

ficazione dell'istanza di accesso, in prima battuta, da parte dell'amministrazione interpellata e, in un secondo eventuale momento, da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sul diniego o sul silenzio.

Su tale aspetto, è stato osservato come la giurisprudenza stessa abbia contribuito ad accentuare la rigidità della separazione tra i diversi istituti, venendo ad imporre al cittadino, nella maggioranza dei casi, di optare chiaramente per uno degli accessi in sede di presentazione dell'istanza, ed escludendo, al contempo, la possibilità per l'amministrazione di riqualificare un'istanza di accesso documentale in un'istanza di accesso civico generalizzato, in assenza di un chiaro riscontro nella volontà iniziale del privato³⁹ (e ciò in palese contrasto con quanto stabilito dalla Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica, che ha prospettato la soluzione opposta, ossia favorire l'applicabilità del FOIA nei casi dubbi, in ragione della "tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo"⁴⁰). Più raramente è stata riconosciuta al privato la possibilità di presentare con un'unica domanda sia un'istanza di accesso documentale, sia un'istanza di accesso civico generalizzato, demandando poi alla pubblica amministrazione il compito di "applicare uno dei due istituti, in ragione dell'esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l'una o l'altra richiesta".⁴¹

Utile ad orientare la scelta dell'interessato, che intenda richiedere l'ostensione dei dati e documenti detenuti dalla p.a., è allora il discrimen individuato dalla finalità privatistica o pubblicistica della richiesta avanzata, rispettivamente, dall'istante qualificato o dal cittadino qualunque, laddove, come chiarito dal giudice amministrativo "per quanto, la legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto"⁴². In altri termini, il discrimen è dettato dalla differenza tra "need to know" (il bisogno di sapere tipico dell'accesso documentale) e "right to know" (il diritto di conoscere introdotto con l'accesso civico generalizzato)⁴³.

³⁹ Così A. MINERVINI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2019, 577, che richiama la giurisprudenza del T.A.R. Lazio, Sez. II-bis, 2 luglio 2018, n. 7326; T.A.R. Lazio, Sez. I, 8 marzo 2018, n. 2628, nonché, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Cfr. par. 2.2. della Circolare del 6 giugno 2017, n. 2 (avente ad oggetto la "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato, c.d. FOIA").

⁴¹ Cons. St., Sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2737, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² T.A.R. Lazio, Sez. II B, 2 luglio 2018, n. 7326, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Al riguardo, nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016 cit. il Consiglio di Stato, fornendo

3. *Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il dibattito giurisprudenziale.*

Così delineato, in via generale, il percorso che ha condotto all'affermazione nel nostro ordinamento dell'accesso civico generalizzato, occorre verificarne la compatibilità con il settore degli appalti pubblici.

In materia di accesso agli atti, l'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016 (rubricato "Accesso agli atti e riservatezza") demanda espressamente la disciplina del diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, comprese le candidature e le offerte, alla disciplina degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990, facendo tuttavia salve le disposizioni specifiche ivi contenute. Invero, nel bilanciare i pesi e contrappesi tra accesso e riservatezza nella complessa materia degli appalti, la norma distingue le ipotesi in cui l'accesso può essere semplicemente differito nel tempo (comma 2, dell'art. 53)⁴⁴, dalle ipotesi in cui esso necessita invece di essere negato (comma 5, dell'art. 53)⁴⁵.

Nel primo caso, si tratta di un divieto relativo e temporaneo di diffusione di dati, operante fino ad un momento determinato, individuato dal legislatore, in talune ipotesi, nella scadenza del termine di presentazione delle offerte (ad

indicazioni sulle modifiche normative da introdurre nel d. lgs. n. 33 del 2013, ha evidenziato al par. 11.2 che "il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese F.O.I.A.) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine [...] della Pubblica Amministrazione trasparente come una casa di vetro".

⁴⁴ L'art. 53, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 recita: "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

⁴⁵ L'art. 53, co. 5, d. lgs. n. 50/2016 recita: "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

esempio per la conoscenza dell'elenco dei soggetti che hanno presentato offerta), e in talaltre, nel termine previsto per l'aggiudicazione (come avviene per i dati attinenti alle offerte e al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta). Nel secondo caso, invece, il divieto è assoluto, riguardando in profondità dati riservati qualificanti la sfera "identitaria" dell'operatore economico.

La *ratio* del *discrimen* tra le due ipotesi viene così a risiedere nella diversa natura dei dati oggetto di eventuale ostensione. Infatti, mentre il comma 2 dell'art. 53 cit. attiene a dati funzionali allo svolgimento della procedura di affidamento il cui differimento è giustificato dalla necessità di non alterare le regole della imparzialità e concorrenza, il comma 5 dell'art. 53 cit. riguarda informazioni che attengono a relazioni tecniche, pareri legali, segreti tecnici o commerciali la cui diffusione è esclusa al fine di tutelare la prevalente esigenza di riservatezza del concorrente. In particolare, con riguardo a tali categorie di dati, il successivo comma 6 della medesima norma ammette l'accesso difensivo solo relativamente alle *informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*, mentre esclude tale possibilità per i dati segreti e coperti da proprietà intellettuale.

La struttura della norma – costituita da un rinvio generico agli artt. 22 e ss. alla l. n. 241/1990 e da due precipue specificazioni – consente di rilevare come, almeno da un punto di vista testuale, la finalità dell'accesso in materia di appalti non sia costituita dalla trasparenza intesa come "controllo generalizzato", quanto piuttosto dall'esigenza di conoscenza strumentale al corretto svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. La disciplina esaminata, infatti, individua dei limiti ulteriori rispetto a quelli indicati nella l. n. 241/1990, ritagliati proprio sulla specialità della materia degli appalti, che sottende le più ampie garanzie di trasparenza e altrettante esigenze di riservatezza.

Proprio la specificità della materia impone di soffermarsi sull'interrogativo sotteso all'intera vicenda, costituito dalla ammissibilità o meno della disciplina dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti pubblici, ed in particolare, della assoggettabilità degli atti di gara e *post* gara alle più ampie modalità di accesso civico generalizzato da parte di soggetti non qualificati.

L'interrogativo ha visto contrapporsi diversi orientamenti giurisprudenziali. In particolare, prima dell'intervento della Adunanza Plenaria in commento, due erano gli indirizzi giurisprudenziali emersi su tale profilo.

Secondo un primo orientamento, l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti pubblici sarebbe stata da escludere sulla base di argomentazioni di ordine prettamente testuale, che conducevano a ritenere il contenuto normativo del comma 3 dell'art. 5-*bis* del d. lgs. 33/2013 come clausola escludente, frutto della precisa scelta del legislatore di sottrarre gli atti di gara e *post* gara alle più ampie maglie dell'accesso civico generalizzato, nella

consapevolezza che si tratti di atti racchiusi all'interno di una disciplina speciale e autonoma, espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, nonché di un complesso normativo chiuso idoneo ad attrarre a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate.⁴⁶ L'esclusione, peraltro, sarebbe stata giustificata in virtù della considerazione che la documentazione di gara e *post* gara sarebbe già destinata a subire un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC) e coinvolgerebbe interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili.

Né, secondo l'orientamento in parola, il mancato richiamo da parte del d. lgs. n. 50/2016 all'accesso civico generalizzato avrebbe potuto essere attribuito alla circostanza che, al momento della entrata in vigore del novellato codice appalti, non fosse ancora stata introdotta la disciplina del nuovo istituto ad opera del d. lgs. 97/2016: tale scelta, piuttosto, sarebbe stata da ricondursi alla *voluntas legis* di considerare e regolamentare l'ipotesi di discipline sottratte alla possibilità di accesso generalizzato, anche se precedente all'introduzione del nuovo istituto. Una scelta che, proprio per la forte conflittualità degli interessi coinvolti e per la specialità del campo in cui andrebbe ad operare, necessiterebbe di essere espressa ed inequivocabile. Ne consegue che, nella "materia" degli appalti pubblici, tale l'indirizzo ammetteva solo la modalità dell'accesso documentale ex l. n. 241/1990, testualmente richiamata dalle disposizioni del codice appalti, e quella dell'accesso difensivo di cui all'art. 53, co. 6, d. lgs. 50/2016, qualora la prevalenza del diritto di accesso sul contrapposto diritto alla riservatezza, limitatamente agli atti o documenti di gara aventi ad oggetto segreti tecnici o commerciali, fosse risultata adeguatamente dimostrata come necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici dell'istante in giudizio.⁴⁷

Sul versante opposto, altro orientamento giurisprudenziale affermava l'insufficienza del mero dato testuale del comma 3 dell'art. 5-*bis* del d.lgs. 33/2013 ad escludere *tout-court* l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara, ritenendo necessaria un'interpretazione sistematica e teleologica. In particolare, la norma citata, nell'escludere l'accesso generalizzato nei casi in cui l'accesso fosse subordinato al rispetto di "specifiche condizioni, modalità e limiti"

⁴⁶ Inaugurato dal T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 18 luglio 2018, n. 197 e seguito dal T.A.R. Marche, Sez. I, 3 ottobre 2018, n. 677; T.A.R. Lazio, Roma, 14 gennaio 2019, n. 425; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 25 marzo 2019 n. 630, consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Cfr. T.A.R. Puglia, Sez. I, 4 marzo 2019, n.315, il quale dà atto della introduzione nel campo degli appalti pubblici – ad opera dell'art. 53 del d. lgs. 50 del 216 – di una figura speciale di accesso difensivo idoneo a prevalere sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico qualora la richiesta venga fatta in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto, in www.giustizia-amministrativa.it.

inclusi quelli di cui all'art. 24 della l. n. 241/1990, avrebbe dovuto essere correlata sia al principio generale di trasparenza, sia alla considerazione che le richiamate specifiche condizioni, modalità e limiti sono coordinati a “divieti di accesso” e non a “restrizioni di minor rilievo”, men che meno ad intere materie⁴⁸.

Peraltro, sarebbe stato incomprensibile, o quanto meno irragionevole, sottrarre proprio la disciplina degli appalti pubblici alla “conoscenza diffusa” di cui al d. lgs. 33/2013, trattandosi di un settore ad elevato rischio di corruzione. Sulla base di tale considerazione, l'indirizzo in esame affermava l'illegittimità di un diniego basato unicamente sulla non applicabilità dell'istituto dell'accesso civico alla materia dei pubblici appalti, evidenziando: il tenore del dettato normativo (che fa riferimento a specifiche condizioni, modalità e limiti) renderebbe immotivata l'esclusione dell'accesso generalizzato al settore dei contratti pubblici dal momento che esso sarebbe diretto a rafforzare la trasparenza amministrativa come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione, da implementarsi sia prima sia dopo l'aggiudicazione⁴⁹.

Ed è proprio la finalità sottesa all'accesso civico generalizzato nell'ambito degli appalti pubblici e la funzione strumentale della trasparenza a costituire la chiave di lettura del dato normativo e a suggerire un'interpretazione restrittiva delle deroghe in esso previste, soprattutto alla luce della dichiarata finalità dell'accesso civico generalizzato di consentire una conoscenza diretta dell'agire della pubblica amministrazione, in una materia, quella dei contratti pubblici, ove possono celarsi fenomeni di maladministration che legittimano la richiesta di conoscibilità degli atti con i quali un contratto affidato a seguito pubblica gara è stato portato ad esecuzione.

L'argomentazione è supportata da altra considerazione di ordine sistematico e teleologico: se la materia degli appalti pubblici è una di quelle dove è più elevato il rischio di corruzione (ricompresa tra le aree più a rischio di cui all'art. 1, comma 16, l. n. 190 del 2012), e sulla quale, in misura maggiore, si è appuntata l'attenzione della disciplina anticorruzione e dell'ANAC, sarebbe incomprensibile o, quanto meno, irragionevole che il legislatore abbia voluto sottrarre alla disciplina sulla trasparenza e, quindi all'accesso del *quisque de populo*, proprio la materia degli appalti.⁵⁰ Sicché, sarebbe proprio l'attuale disciplina legislativa della formazione degli appalti pubblici – attuativa delle tre direttive comunitarie n. 23, n. 24 e n. 25 del 2014⁵¹, oltre che del Piano Nazionale Anticorruzione 2016 dell'ANAC – ad imporre di garantire la più ampia possibilità di accesso⁵².

Tale secondo orientamento ha ricevuto l'avallo da parte della più recente

⁴⁸ T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Come si evince dal considerando 136 della direttiva “appalti” n. 24/2014.

⁵² Cfr. par. 1 pag. 8 nella parte relativa agli obblighi internazionali.

giurisprudenza, preoccupata di fornire una interpretazione funzionale e coordinata delle norme richiamate⁵³, e ha trovato significativa conferma, peraltro, in una recente posizione della Commissione Europea, che ha sottolineato la necessità che “l’ordinamento italiano promuova la trasparenza in ogni ambito, e particolarmente negli appalti pubblici prima ma anche dopo l’aggiudicazione”.⁵⁴

4. *La pronuncia della Adunanza Plenaria n. 10/2020.*

Nell’invertire l’ordine di trattazione delle questioni sottoposte dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, per ragioni di consecuzione logica-giuridica, l’Adunanza Plenaria n. 10/2020, passa ad esaminare prima l’ultimo quesito, poi, il primo ed infine il secondo.

Con riguardo al primo quesito del nuovo ordine di trattazione (relativo al se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241/1990 e priva del necessario presupposto legittimante di cui all’art. 22 della medesima legge, la P.A. sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, verificando la sussistenza delle condizioni dell’accesso civico generalizzato, e di conseguenza quale sia l’ampiezza dei poteri del giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla l. n. 241/1990), l’Adunanza Plenaria osserva che l’ammissibilità del cumulo giuridico delle diverse forme di accesso⁵⁵ e la possibilità di contestuale formulazione da parte del privato, tanto dell’istanza di accesso documentale quanto dell’istanza di accesso civico generalizzato, trova fondamento nel dettato normativo dell’art. 5, co. 11, d. lgs. 33/2013. Tale norma specifica che, accanto all’accesso civico c.d. semplice (comma 1) e a quello c.d. generalizzato (comma 2), restano ferme “le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241”. Conseguentemente, configura in capo alla p.a. il potere-dovere di esaminare l’istanza che difetti dei presupposti dell’accesso documentale

⁵³ *Ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 27 aprile 2020, n. 4202; T.A.R. Veneto, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 966, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Relazione della Commissione sulla lotta alla corruzione COM (2014) 38 del 3/012/2014, richiamata da Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, cit. In termini, già Ad. P. n. 5 del 1997 che aveva esteso l’accesso agli atti, strumento tipico della trasparenza in ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione, ivi compresi gli atti disciplinati dal diritto privato.

⁵⁵ Sul punto, richiama Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503; e precisa che la stessa ANAC, ha osservato che i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla l. n. 241 del 1990, se motivati con esigenze di “riservatezza” pubblica o privata, devono essere considerati attentamente anche ai fini dell’accesso generalizzato, ove l’istanza relativa a quest’ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell’accesso di cui alla l. n. 241 del 1990, indipendentemente dal soggetto che l’ha proposta.

(primo tra tutti la titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b, della l. n. 241/1990), anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, qualora, da un lato, l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico" e, dall'altro, il privato non abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto. Tale affermazione, pur traducendosi in un "evidente aggravio per l'amministrazione dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti", consacra i rapporti tra le diverse forme di accesso come istituti che ben possono coesistere e completarsi, senza reciproca esclusione.

Del resto, il principio affermato dalla Ad. Plenaria sembra trovare avallo nella recente riforma dell'art. 1, co. 2-bis della l. n. 241/1990, ad opera della l. 11 settembre 2020, n. 120, grazie alla quale espressamente si introduce il principio di collaborazione come principio generale regolante i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione.

Diversamente, tale potere di accertamento viene escluso in capo al giudice amministrativo, stante l'impossibilità di convertire, in sede di ricorso giurisdizionale, il titolo dell'accesso eventualmente rappresentato all'amministrazione sotto l'uno o l'altro profilo (pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di introduzione di *ius novorum*); e stante il divieto per il giudice di pronunciarsi su un potere non ancora esercitato, ex art. 34, comma 2, c.p.a., per non essere stato nemmeno sollecitato dall'istante.

Quanto al secondo quesito (relativo al se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico utilmente collocato in graduatoria all'esito di una procedura di evidenza pubblica, la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva, al fine di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria), l'Adunanza plenaria riconosce agli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, la legittimazione ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti.

Invero, l'accesso documentale agli atti della fase esecutiva viene espressamente riconosciuto dall'art. 53, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016, il quale – nel disciplinare i rapporti tra accesso e riservatezza nelle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici – richiama gli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990, così formalizzando a livello legislativo quanto già da tempo affermato da quella parte di giurisprudenza⁵⁶ preoccupata di estendere la portata del diritto

⁵⁶ Sul punto, viene citata la fondamentale pronuncia della Adunanza Plenaria., 22 aprile 1999, n. 5, secondo la quale "l'amministrazione non può negare l'accesso agli atti riguardanti la sua attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica", come già Cons. St., sez. IV,

to di accesso, al di là della natura pubblicistica o privatistica del rapporto tra le parti coinvolte, in virtù di una precisa considerazione: la inevitabile comunanza di principi e di interessi che permea tutte le fasi della procedura di selezione pubblica. Precisa l'Adunanza Plenaria che anche la fase esecutiva del rapporto negoziale rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, e sottende la compresenza di fondamentali interessi pubblici, primi tra tutti il principio di trasparenza e di concorrenza, i quali, seppur richiamati dal codice appalti nella sola fase pubblicistica dell'affidamento, non possono che estendersi alla fase dell'esecuzione che deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotta secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza, pena l'aggravamento in sede di esecuzione delle regole di buon andamento, concorrenza e trasparenza. In particolare, il Supremo Consesso evidenzia come la disciplina della fase esecutiva si caratterizzi per essere una disciplina "autonoma e parallela" rispetto alle disposizioni del Codice civile – applicabili per quanto non espressamente previsto dal codice appalti e negli atti attuativi (art. 30, comma 8, del d. lgs. n. 50/2016) – e si traduca sia nella previsione, nel codice dei contratti pubblici, di disposizioni speciali⁵⁷, sia nell'attribuzione di penetranti poteri di controllo da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale. Proprio tali peculiarità, che connotano la fase esecutiva del rapporto negoziale in funzione pubblicistica, consentono di ritenere assoggettabile anche tale segmento alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o alla riedizione della gara, i quali si qualificano per essere portatori di un interesse legittimo strumentale⁵⁸, non solo all'aggiudicazione della commessa, quale bene della vita finale, ma anche, per l'eventuale riedizione della gara, quale bene della vita intermedio.

Pertanto, pur riconoscendo la sussistenza di un interesse alla conoscenza dello svolgimento del rapporto contrattuale, l'Adunanza Plenaria ritiene che, ai fini dell'accesso, occorra che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, preesistente all'i-

4 febbraio 1997, n. 42, aveva espressamente riconosciuto l'accesso ad atti "concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale".

⁵⁷ L'Adunanza Plenaria si riferisce agli artt. 100-113-bis del d. lgs. n. 50 del 2016 e, oltre a tali norme, cita una serie di disposizioni del codice appalti dalle quali desumere la "persistenza" di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto, quali ad esempio gli artt. 32, comma 12, e 33, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, in materia di controlli di legittimità sull'aggiudicatario; gli artt. 108, comma 1, e art. 176, commi 1 e 2, del codice, in materia di recesso dal contratto.

⁵⁸ Interesse strumentale riconosciuto dalla Corte di Giustizia europea, con sentenza della Sez. X, 5 settembre 2019, in C-333/18, e dalla Corte Costituzionale, con la recente sentenza del 13 dicembre 2019, n. 271.

stanza di accesso, laddove l'accesso documentale è tradizionalmente diretto a soddisfare un bisogno di conoscenza (*c.d. need to know*), strumentale alla difesa di una situazione giuridica. Diversamente ragionando, l'accesso documentale assolverebbe ad una finalità espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull'attività, pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 4, della l. n. 241/1990) ed accedrebbe ad una logica completamente diversa, quella del desiderio di conoscere, tipica dell'accesso civico generalizzato, nel quale la conoscenza si atteggia quale diritto fondamentale (*c.d. right to know*), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto.

L'Adunanza Plenaria, dunque, esclude la configurazione di un interesse strumentale così amplificato e dilatato nella fase esecutiva, in capo al controinteressato che abbia partecipato alla gara, il quale assumerebbe così una "super-legittimazione" che le direttive del 2014 in materia di appalti non gli consentono di assumere.

Quanto al terzo quesito (relativo al se la disciplina dell'accesso civico generalizzato sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice), l'Adunanza Plenaria, dopo aver richiamato la disciplina di riferimento (art. 53, d. lgs 50/2016; 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33/2013) e ripercorso i contrastanti orientamenti giurisprudenziali, ha ritenuto di aderire all'indirizzo favorevole alla applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato al settore degli appalti. Ritiene l'Adunanza Plenaria che tale soluzione corrisponda alla *voluntas legis*, che ha espressamente configurato l'istituto *de quo* come diritto di "chiunque", non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e quanto all'onere di motivazione, emancipandolo così dai limiti tipici dell'accesso documentale, al preciso fine di garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, ferme restando le cd. eccezioni relative di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33/2013.

In particolare, il Supremo Consesso afferma che l'interesse individuale alla conoscenza è protetto in sé, in quanto espressione del principio di trasparenza che costituisce fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, ma anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" improntata ad imparzialità; trasparenza, dunque, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione⁵⁹, e che in tale contesto viene ad assumere il significato di "accessibilità totale".

⁵⁹ Così Cons St., *Parere*, cit.

Del resto, che il “diritto di conoscere” (*right to know*) sia trattato alla stregua di un diritto fondamentale (al pari di altri ordinamenti europei ed extraeuropei)⁶⁰, si evince espressamente anche dall’art. 1, comma 3, dello stesso d. lgs. n. 33/2013, secondo cui le disposizioni del decreto, tra le quali anzitutto quelle dettate per l’accesso civico, costituiscono livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell’art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. Ma ancor prima, esso – oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost e riconosciuto dall’art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea per gli atti delle istituzioni europee – deve collocarsi in una prospettiva convenzionale europea, laddove rinviene un sicuro fondamento nell’art. 10 CEDU, come hanno rilevato le citate Linee guida dell’ANAC, nel par. 2.1, e le Circolari FOIA n. 2/2017 (par. 2.1) e n. 1/2019 (par. 3).

Sulla base di queste premesse, l’Adunanza Plenaria passa ad analizzare l’aspetto interpretativo più complesso e cruciale, quello relativo ai limiti di cui all’art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33/2013: pur ammettendo la poco felice formulazione della disposizione⁶¹, essa ne ritiene preferibile una “lettura unitaria, sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata che impone un necessario approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante”.

Così, interpretando il comma 3 dell’art. 5-bis del d. lgs. n. 33 /2013, l’Adunanza esclude la rilevanza *tout court* del mero dato testuale e l’idoneità a ricomprendere interi ambiti di materie, laddove il principio di specialità condurrebbe sempre all’esclusione della specifica materia dall’ambito di applicazione dell’accesso. Per tale motivo, essa afferma che il rapporto tra le due discipline non va letto alla luce del criterio di specialità, che implicherebbe reciproca esclusione, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, volto alla integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, “in vista della tutela preferenziale dell’interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta per materia delle singole discipline”.

Un diverso ragionamento interpretativo, che identificasse interi ambiti di materia esclusi dall’applicazione dell’accesso civico generalizzato, avallerebbe il rischio che i casi del comma 3 dell’art. 5-bis del d. lgs. n. 33/2013, letti in modo frazionato e non sistematico, si trasformino in un “buco nero” della trasparen-

⁶⁰ Primi tra tutti quello statunitense ed inglese, seguiti poi dall’ordinamento francese e tedesco.

⁶¹ Che sembra contrapporre limiti assoluti (come in modo emblematico accade per il segreto di Stato), previsti dal legislatore per garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l’ordinamento giuridico e rispetto ai quali la p.a. è dotata di potere vincolato, e limiti relativi, richiedenti un bilanciamento in concreto, in base al principio di proporzionalità, da parte dell’amministrazione dotata in tal caso di più ampia discrezionalità.

za. Pertanto, sarebbe proprio questa logica di integrazione ad indurre a ritenere necessario e fondamentale, ai fini della trasparenza, affiancare alla pubblicità obbligatoria di determinati atti (c.d. *disclosure* proattiva) anche l'accessibilità degli atti nei termini previsti per l'accesso civico generalizzato (c.d. *disclosure* reattiva).

Applicando tali canoni interpretativi al “caso” dei contratti pubblici, il Supremo Consesso riconosce che la configurazione di una trasparenza rispondente ad “un controllo diffuso” della collettività sull'azione amministrativa sia particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici – laddove le esigenze di accesso civico generalizzato costituiscono la “fisiologica conseguenza” dell'evidenza pubblica, in quanto ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile – ed, in particolare, nell'esecuzione di tali rapporti, dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno.

Pertanto, preso atto che, in *un quadro evolutivo così complesso che impone una visione d'insieme, anche alla luce delle coordinate costituzionali, euro-unitarie⁶² e convenzionali, non sia più possibile affermare che l'accesso agli atti di gara costituisca un “microcosmo normativo” compiuto e chiuso⁶³, l'Adunanza Plenaria riconosce che l'accesso civico generalizzato operi “di diritto”, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'accesso civico generalizzato, ferme le eccezioni relative di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33/2013, è ammissibile in ordine agli atti della fase esecutiva⁶⁴. Ciò spiega perché l'accesso civico generalizzato non solo sia consentito, nella materia degli appalti pubblici, ma sia doveroso perché connaturato all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva) previsti.*

Ne consegue che le eccezioni all'accesso civico generalizzato, sia relative che assolute⁶⁵, implicano e richiedono un bilanciamento in concreto, *caso per caso*⁶⁶, da parte della pubblica amministrazione, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e

⁶² Si richiamano al riguardo: il considerando 126 della Direttiva n. 2014/24/UE il quale ricorda che la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto “è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi”; ed il considerando n. 122 della stessa Direttiva, il quale osserva che “i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone od organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla Direttiva 98/665/CE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto”.

⁶³ In questo senso, Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121, www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁴ In termini anche delibera ANAC n. 317 del 29 marzo 2017, in www.anticorruzione.it.

⁶⁵ Laddove l'interprete dovrà valutare la volontà del legislatore di fissare in determinati casi limiti più stringenti all'accesso civico generalizzato.

⁶⁶ Come afferma la disposizione, che appunto parla di “casi”.

il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, bilanciamento da operare secondo i criteri, utilizzati anche in altri ordinamenti, del cd. test del danno, in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto⁶⁷.

L'amministrazione deve cioè verificare se la conoscenza del dato oggetto della richiesta possa danneggiare uno degli interessi-limite in modo "specifico, concreto e diretto" (natura del danno) e "ragionevolmente prevedibile" (probabilità del danno); non è richiesto, invece, che le amministrazioni verifichino se il diniego d'accesso possa comportare un danno all'interesse pubblico alla conoscenza delle informazioni (c.d. "test dell'interesse pubblico"): solo quando il primo (danno all'interesse-limite) è ritenuto più serio e probabile del secondo (danno all'interesse conoscitivo della collettività) l'accesso può essere negato⁶⁸.

5. *Riflessioni di sintesi. Il fine non giustifica i mezzi.*

L'orientamento interpretativo fornito dalla Adunanza Plenaria all'ultimo quesito affrontato merita una riflessione ulteriore.

A monte dell'iter argomentativo seguito, sembrerebbe esserci un chiaro intento, quello di "voler dare" certezza anche prescindendo dal dato normativo (di per sé idoneo ad ingenerare dubbi) e contemporaneamente garantire uniformità di indirizzo attraverso la guida interpretativa del principio di trasparenza, elevato non solo a principio cardine e perno dell'intero agire pubblico *in publico*⁶⁹, ma anche come principio "autolegittimante".

Il principio di trasparenza – come "valore immanente dell'ordinamento amministrativo"⁷⁰ e "modo di essere della amministrazione"⁷¹ – non può più essere inteso solo come sinonimo di pubblicità, rispetto al quale è sufficiente l'assolvimento

⁶⁷ Il "test del danno" e il "test dell'interesse pubblico" sono entrambi previsti dal Regolamento (CE) n. 1049/2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

⁶⁸ M. SAVINO, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 596; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *www.federalismi.it*, 1, 2017.

⁶⁹ Dalla nota espressione di Bobbio secondo la quale "il governo della democrazia si può definire come il governo del potere pubblico in pubblico", richiamata da G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss.

⁷⁰ R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, 1989; inoltre, M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, in *Nuove aut.*, 2005, 945 ss.

⁷¹ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit.

dell'obbligo di pubblicazione dei documenti da parte della p.a., ma deve necessariamente invadere il campo della conoscenza e della comprensibilità all'esterno delle scelte operate dalla p.a. in vista del perseguimento dell'interesse generale, tipico delle moderne amministrazioni democratiche, tenute a dar conto del proprio operato nei confronti dei cittadini, rinvenendo in essi la propria fonte di legittimazione⁷².

Se dunque trasparenza è da intendersi come comprensione (o comprensibilità) dell'azione amministrativa, implicante semplicità di accesso ad essa, i principi enunciati nella sentenza in commento sembrano fornire talvolta direttive chiare e comprensibili, talaltra lasciare un'immanente alea di incertezza interpretativa; affermare che l'accesso civico generalizzato operi "di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie", sembrerebbe frutto di un contemperamento tra valori disomogenei, in realtà, non suscettibili di bilanciamento: i criteri volti a regolare i rapporti tra norme (in particolare, il criterio di specialità), da un lato; ambiti di materie e principi informatori dell'agire pubblico (in particolare, il principio di trasparenza), dall'altro.

L'Adunanza Plenaria, infatti, ritenendo di dover favorire un'interpretazione costituzionalmente, convenzionalmente ed euro-unitariamente orientata, secondo canoni teleologici e sistematici, rifugge dal mero dato normativo che, per quanto peculiare, sembra formulato secondo un meccanismo di "specificazione nella specificazione", a mo' di "matriosca" lessicale: l'art. 5 *bis* del d. lgs. n. 33 del 2013 testualmente prevede che il diritto di accesso civico di cui all'articolo 5, co. 2 del d. lgs. n. 33 del 2013, "è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, *ivi compresi* i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, *inclusi* quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241/1990. Nessun dubbio che la norma avrebbe potuto (*rectius* dovuto) essere formulata in maniera più chiara e precisa; tuttavia, ciononostante, sembrerebbe altrettanto indubbio che la disposizione del comma 3 cit. contempra le ipotesi di esclusione del diritto di accesso senza operare alcuna distinzione tra eccezioni assolute (segreto di Stato e altri divieti divulgazione previsti dalla legge) ed eccezioni relative (casi in cui il legislatore subordina il diritto di accesso al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, previsti dalla disciplina vigente), a differenza di quanto previsto dai commi 1 e 2, da una parte, e dai commi 4 e 5, dall'altra, che rispettivamente disciplinano i limiti assoluti e relativi al diritto di accesso civico generalizzato: infatti, i commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis* individuano gli interessi pubblici e privati destinati a prevalere nel bilanciamento degli interessi operato in astratto dal legislatore; i successivi commi 4 e 5 della medesima disposizione attenuano la regola del diniego, ammettendo l'ostensione, qualora

⁷² M. R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, cit.

si tratti di un'istanza di accesso parziale (limitata ad alcune parti del documento) o temporalmente differibile.

Nello specificare le ipotesi di esclusione, il co. 3 dell'art. 5-*bis* include, oltre ai casi notoriamente previsti dall'art. 24 della legge 241/1990⁷³, anche i casi in cui discipline di settore prevedano specifiche modalità di applicazione del diritto di accesso.

Proprio in virtù di tale ultima precisazione, sembrerebbe che la norma sia idonea a contemplare nelle esclusioni anche le condizioni, modalità o limiti previsti dalla disciplina di settore degli appalti pubblici *ex d. lgs. n. 50/2016*. Invero, l'art. 53, rubricato "Accesso agli atti e riservatezza", al comma 2, prevede specifiche ipotesi in cui, nelle procedure selettive, il diritto di accesso (documentale) necessita di essere differito⁷⁴; e al comma 5, elenca una serie di documenti rispetto ai quali esigenze di riservatezza sono destinate a prevalere sul diritto all'ostensione⁷⁵.

A ciò si aggiunga che il comma 1 dell'art. 53 codice appalti contiene un rinvio, meramente sussidiario, agli articoli 22 e seguenti della l. n. 241/1990. Come visto, tale precisazione è stata oggetto di diverse interpretazioni da parte degli operatori del diritto e ha visto prevalere l'orientamento di quanti si sono mostrati

⁷³ Ossia: i documenti coperti da segreto di Stato, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge; nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

⁷⁴ In particolare: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

⁷⁵ Si tratta in particolare: a) delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscono segreti tecnici o commerciali (ad eccezione del c.d. accesso difensivo in relazione alla procedura di affidamento del contratto); b) dei pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice appalti, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) delle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) delle soluzioni tecniche e programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale).

favorevoli ad una lettura dinamica del rinvio. Appare condivisibile ritenere che alla data di entrata in vigore del nuovo codice appalti (18 aprile 2016) anteriore a quella del d. lgs. n. 97/2016 (25 maggio 2016), l'art. 53 cit. non potesse far riferimento ad altra disciplina in materia di accesso agli atti che a quella contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, così come modificata dalla l. n. 15/2005, considerata come “fonte” unica della regola generale della trasparenza amministrativa⁷⁶ (né avrebbe potuto essere richiamata la previgente disciplina in materia di accesso civico semplice ex d. lgs. 33/2013, non essendo individuabili specifici obblighi di pubblicazione in capo alla p.a. coercibili attraverso tale strumento).

Anche ammettendo che il rinvio operato dall'art. 53 codice appalti costituisca un'ipotesi di rinvio dinamico, passibile di modifica inespressa al susseguirsi di leggi nel tempo disciplinanti la medesima materia, il criterio di specialità tra norme non può essere trascurato. Alla luce di tale criterio, infatti, è possibile ritenere che la novella legislativa generale non abbia comportato un'abrogazione della disciplina di settore (speciale) che preveda determinate condizioni, modalità o limiti di operabilità del diritto di accesso, limiti che seppur immaginati dal legislatore del 2006 rispetto all'accesso documentale, *a fortiori* necessitano di considerazione nei casi di accesso generalizzato: se l'accesso ai documenti è negato dall'amministrazione per esigenze di riservatezza e tutela di interessi pubblici o privati ritenuti prevalenti secondo i limiti di cui alla l. n. 241/1990, a maggior ragione tali documenti sono destinati a non essere ostensibili dal cittadino qualunque che chiede di conoscere per essere informato e per partecipare al dibattito pubblico.⁷⁷

Soprattutto, occorre chiedersi, *cui prodest* l'eccesso di informazione qualora l'elevato tecnicismo delle stesse finisca per realizzare il risultato opposto, ossia rendere poco accessibile, se non addirittura incomprensibile, alla generalità dei consociati la sostanza delle problematiche e delle scelte operata dalla p.a.⁷⁸

La trasparenza, infatti, non è preposta a soddisfare mere esigenze informative, né tanto meno è in grado da sola di conseguire la repulsione di infiltrazioni illecite dalle procedure amministrative, prime tra tutte le gare di appalto.⁷⁹

Pertanto, pur non volendo disconoscere l'impatto assunto dalla pronuncia in commento sulla portata del principio trasparenza nel nostro ordinamento⁸⁰,

⁷⁶ M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 24.

⁷⁷ M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 36.

⁷⁸ Cfr. M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, cit.

⁷⁹ M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, cit., 962.

⁸⁰ In particolare, di aver precisato che l'esigenza di trasparenza non rappresenta una prerogativa esclusiva dell'attività amministrativa, ma trova spazio anche in campo privatistico – nelle ipotesi in cui si trascenda dall'interesse individuale e si prendano in considerazione rapporti che coinvolgano interessi di più ampie categorie di soggetti o persino della generalità dei cittadini; cfr. Cenni storici in M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir. Agg.* IV, Milano, 2000, 1 ss.

pare che l'Adunanza Plenaria abbia forzato il dato normativo dal punto di vista letterale.

Se la trasparenza costituisce valore portante e necessario dell'ordinamento, in vista del cui soddisfacimento sta al giurista il compito di modellare i vari istituti predisponendoli al fine di dare ad essa reale ed effettiva soddisfazione⁸¹, allora pare quantomai auspicabile l'intervento chiarificatore del legislatore, al fine di rendere "trasparente", intellegibile e comprensibile, il dettato normativo che costituisce, a monte, la fonte legittimante del potere esercitato a valle dall'amministrazione. Risultato che sembrerebbe auspicato dalla stessa Adunanza Plenaria, laddove afferma che «se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge».

⁸¹ F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti*, in *Dir. Proc. Amm.* 1992, 25 ss.

Abstract

Il principio di trasparenza è stato oggetto di una profonda trasformazione nel corso del tempo, divenendo da fine dell'agire pubblico a strumento attraverso il quale garantire il corretto svolgimento della funzione pubblica. Parimenti, il rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato ha subito una significativa evoluzione, che ha portato, in taluni casi, ad una inversione di ruoli. Questa evoluzione emerge in modo particolare in materia di accesso agli atti e, soprattutto, nelle forme di accesso civico semplice e generalizzato disciplinate dal d. lgs. n. 33/2013, così come modificato dal d. lgs. n. 97/2016, ove si prescinde dai tradizionali criteri di legittimazione e ci si spinge "oltre". Nell'ambito di tale contesto normativo si inserisce la pronuncia della Adunanza Plenaria, il cui intervento si è reso necessario al fine di delineare la possibile concorrenza tra le diverse forme di accesso, per individuare i presupposti per l'esercizio del diritto di accesso agli atti della fase esecutiva da parte dell'operatore economico secondo classificato in graduatoria, nonché per dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto in merito alla applicabilità dell'accesso civico generalizzato al settore degli appalti pubblici, data la "peculiarità" del dettato normativo.

Generalised civic access and public contracts: a jurisprudential debate rereading

Transparency principle has been profoundly transformed over time, becoming from the goal of public action to an instrument through which to ensure the proper performance of public service. Similarly, the relationship between the public administration and citizens has undergone a significant development, which has led, in some cases, to a reversal of roles. This development is particularly evident in the area of documentary access and, above all, in the forms of simple and generalised civic access, governed by Legislative Decree 33/2013, as amended by Legislative Decree 97/2016, where we do not have the traditional criteria of legitimacy and go "further". Within this regulatory framework, the ruling of the Plenary Assembly was necessary in order to outline the possible competition between different forms of access, to identify the conditions for the exercise of the right of access to the acts of the executive phase by the second-placed economic operator in the ranking, and to settle the jurisprudential contrast that arose with regard to the applicability of generalised civic access to the public contracts sector, due to the "peculiarity" of the regulatory dictate.

Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia

di Lavinia Filieri

SOMMARIO: 1. Premessa: l'occasione dell'indagine – 2. Le coordinate normative di riferimento nell'ordinamento nazionale – 3. La dimensione eurounitaria e convenzionale del giusto procedimento amministrativo – 4. Le garanzie partecipative nella giurisprudenza amministrativa sulla documentazione antimafia – 5. Conclusioni.

1. *Premessa: l'occasione dell'indagine*

Nelle presenti note ci si interroga sull'applicabilità del principio eurounitario del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia. L'occasione che suscita questo interrogativo è costituita da una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, scaturita dall'ordinanza con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia ha formulato rinvio interpretativo *ex art. 267* del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (da ora in avanti TFUE)¹. Tanto è di interesse proprio perché la questione rimessa

¹ Il riferimento è all'ordinanza della Corte di Giustizia, IX sez., 28 maggio 2020, C-17/20, con cui la Corte di Lussemburgo ha ritenuto manifestamente irricevibile, ai sensi dell'art. 53, par. 2 del regolamento di procedura, la domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267* TFUE perché l'ordinanza del giudice nazionale, in relazione ad una controversia concernente il procedimento di adozione di misura interdittiva, non ha fornito dati idonei a dimostrare l'esistenza di un criterio di collegamento della disciplina nazionale con il diritto UE ovvero a dimostrare che detta disciplina costituisca attuazione di quest'ultimo. Come precedenti sul punto si vd. CGUE, sez. X, ordinanza 27 aprile 2017, C-595/16, *Emmea s.r.l.*, in cui la Corte ha dichiarato la manifesta irricevibilità a fronte di una controversia sulla libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui al TFUE, ritenuta coinvolgente il territorio di un solo Stato membro; CGUE, sentenza 20 settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu e al.*, in *Foro amm.*, 2017, 1780 ss., per cui nel procedimento di rinvio pregiudiziale *ex art. 267* TFUE «il giudice nazionale è l'unico competente ad esaminare e valutare i fatti del procedimento principale, nonché ad interpretare e ad applicare il diritto nazionale, spettando esclusivamente a lui il compito di valutare, alla luce delle particolari circostanze della controversia, sia la necessità sia la rilevanza delle questioni da sottoporre alla Corte. La “presunzione di rilevanza” della questione così sollevata viene meno, potendo di conseguenza la Corte rifiutarsi di statuire su di essa, soltanto qualora, segnatamente, non siano rispettati i requisiti relativi al contenuto della domanda di pronuncia pregiudiziale riportati all'art. 94 del regolamento di procedura della Corte o appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma dell'Unione o il giudizio sulla sua validità chiesti da tale giudice non abbiano alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto del procedimento principale, o qualora il problema sia di natura ipotetica; a tale riguardo, sempre nella menzionata pronuncia, la Corte ha ricordato che, anche in presenza di una giurisprudenza comunitaria che risolve il punto di diritto, i giudici nazionali mantengono la completa libertà di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno, senza che il fatto che le disposizioni di cui si chiede l'interpretazione siano già state interpretate dalla Corte

in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo ha riguardato la compatibilità di alcune previsioni contenute all'interno del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 intitolato «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*» con il principio del contraddittorio «*così come ricostruito e riconosciuto quale principio di diritto dell'Unione*»². Nonostante la pronuncia della Corte di Lussemburgo sia un'ordinanza di manifesta irricevibilità e, in quanto tale, ponga vivido accento sulla (in)sussistenza dei presupposti procedurali del rinvio ex art. 267 TFUE, la stessa comunque offre numerosi spunti interpretativi, ora in senso ricognitivo ora in senso innovativo, più o meno condivisibili, di portata decisamente sostanziale. La Corte di Giustizia, infatti, ha denunciato la mancanza di un criterio di collegamento tra il diritto dell'Unione Europea e «*l'informativa antimafia interdittiva adottata dalla prefettura di Foggia o la decisione del Comune che ha dato origine all'indagine sfociata nell'adozione di tale informazione, di revocare la concessione di un terreno utilizzato dalla MC per lo svolgimento della sua attività economica*». Per comprendere le ragioni per cui questa ordinanza, pur essendo in rito, costituisce un prezioso riferimento per lo studio che ci occupa, occorre procedere per gradi e, all'uopo, premettere qualche considerazione sulla declinazione della partecipazione procedimentale in materia di documentazione antimafia.

abbia l'effetto di ostacolare una nuova pronuncia da parte della stessa». Su valore ed effetti delle pronunce emesse in sede di rinvio pregiudiziale, si evidenzia R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, Atti dell'incontro di studio tenutosi a Brescia il 21 settembre 2012 sul tema "Gli strumenti a disposizione del giudice nazionale per l'applicazione del diritto europeo" organizzato dal formatore decentrato per il diritto europeo del Distretto della Corte di appello di Brescia, in *Questione Giustizia online*, http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Il_rinvio_pregiudiziale_alla_Corte_dalla_pratica_alla_teor.pdf; più risalente il contributo di E. CALZOLATO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 2009, 1, 41-72, e cospicua bibliografia ivi richiamata.

² In termini, Tribunale Amministrativo per la Puglia, sede di Bari, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28. La vicenda in fatto da cui scaturisce l'ordinanza di rimessione del T.A.R. Puglia è costituita dal ricorso avanzato da un operatore economico per l'annullamento di una informativa interdittiva antimafia rilasciata dalla Prefettura di Foggia cui è seguita la revoca della concessione di un terreno utilizzato dall'impresa per lo svolgimento dell'attività di estrazione, lavorazione e relativa commercializzazione di sabbia, pietre, marmi e materiali di risulta da cava a cielo aperto. Invero, la necessità di rimettere la questione alla CGUE non sorge dalle doglianze del ricorrente ma proprio dall'organo giurisdizionale, che «*reputa necessario e rilevante, ai fini della presente decisione, rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione (...), atteso che l'accertata pretermissione del contraddittorio ha impedito alla società ricorrente di addurre, nell'ambito del procedimento amministrativo elementi atti a orientare in senso favorevole la pubblica Amministrazione decidente*».

2. *Le coordinate normative di riferimento nell'ordinamento nazionale*

Nella dimensione nazionale, il riferimento normativo di interesse è dato dagli artt. 91, 92 e 93 del D.Lgs. n. 159/2011, nella parte in cui non prevedono l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto nei cui riguardi l'Amministrazione procede con il rilascio di documentazione antimafia interdittiva³. Senza voler qui riproporre l'intero testo delle disposizioni appena citate, è sufficiente evidenziare che l'istituto partecipativo del contraddittorio endoprocedimentale è menzionato in termini espressi soltanto all'art. 93 co. 7 D.Lgs. n. 159/2011, a mente del quale è in facoltà della Prefettura, sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria procedimentale, invitare gli interessati, in sede di audizione personale, a produrre documentazione ovvero, più genericamente, a presentare ogni informazione "ritenuta utile". Tale disposizione, invero, disciplina una peculiare declinazione del procedimento amministrativo di competenza prefettizia per il rilascio della documentazione antimafia. Specificamente, nell'ambito dell'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici, al prefetto è attribuito un importante potere ispettivo-istruttorio, consistente nella disposizione di accessi ovvero accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici. Ebbene, dal combinato disposto delle tre disposizioni richiamate si

³ La materia della documentazione conosce riferimenti bibliografici diacronicamente crescenti, ancorché all'alba della sua introduzione nell'ordinamento l'attenzione della dottrina sull'argomento era piuttosto sporadica. Una prima ricostruzione sistematica e organica dell'istituto è contenuta in U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, 1995. L'inquadramento sistematico più diffuso è critico nei confronti della normativa tessuta dal legislatore in materia, per più ordini di ragioni. Non potendo dedicare in questa sede debiti approfondimenti sull'argomento, basti evidenziare che l'orientamento prevalente in dottrina ritiene che la documentazione antimafia risenta del difficile inquadramento della natura giuridica degli strumenti di prevenzione amministrativa antimafia e che in più "luoghi" del D.Lgs. n. 159/2011 si manifestino vistose frizioni con principi fondamentali della Costituzione, come l'art. 41 Cost. Si rammentano, in questa direzione interpretativa, i recenti contributi di P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in a cura di, G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 1-30; J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 6/2018, 5848 ss. Risultano invece del tutto favorevoli alla necessità del sistema della documentazione antimafia nell'ordinamento costituito, così come formulata e voluta dal legislatore del 2011, C. MARESCA, *Manuale di legislazione antimafia. Diritto sostanziale e processuale*, Napoli, 2019, 378-397 e V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019, 177-184. Per una ricostruzione dogmatica generale dell'istituto all'interno delle competenze prefettizie, vd. M.T. SEMPREVIVA, *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Molfetta, 2019, 193 ss. Per una rassegna della giurisprudenza più significativa nella materia, si segnala quanto riportato da M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, 2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

comprende come la mancata previsione del contraddittorio endoprocedimentale all'interno degli artt. 91 e 92 D.Lgs. n. 159/2011, unitamente al suo inserimento in termini di mera facoltà all'interno dell'art. 93 cit. comporti, quantomeno, una deroga alla regola dei diritti partecipativi, come enucleati dalla legge generale sul procedimento amministrativo. Ora, come noto, la legge 7 agosto 1990, n. 241 intitolato «*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*» contiene una serie di disposizioni che plasmano garanzie per i destinatari dell'attività della pubblica amministrazione, in modo da creare già nel corso del procedimento amministrativo una certa concertazione con il soggetto privato per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico in maniera consapevole rispetto agli altri interessi secondari da bilanciare nella fase del giudizio e della scelta amministrativa. I cd. istituti partecipativi contenuti nella legge generale sul procedimento amministrativo sono comunemente individuati nelle figure della comunicazione di avvio del procedimento di cui agli artt. 7 e 8, dell'intervento nel procedimento e dei diritti dei partecipanti al medesimo di cui, rispettivamente, agli artt. 9 e 10, del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* nonché, da ultimo, nel composito istituto degli accordi provvedimentali, integrativi o sostitutivi di cui all'art. 11 l. n. 241/90 cit⁴. Nell'ottica della presente indagine, è necessario e sufficiente soffermarsi soltanto su alcune di queste disposizioni, in modo da comprendere quale sia l'impatto dell'art. 93 co. 7 D.Lgs. n. 159/2011 cit. sull'impianto sistematico delineato dal legislatore della l. n. 241/90. All'uopo, occorre rifarsi, in primo luogo, al contenuto dell'art. 7 *cit.*, ove il legislatore prescrive l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento amministrativo ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre i suoi effetti in via diretta, nonché a quelli che per legge debbono intervenire, salvo che non sussistano ragioni impedienti che scaturiscono da peculiari esigenze di celerità del procedimento. Da tale previsione deriva che la comunicazione di avvio del procedimento si pone come regola generale e, al contrario, la sua mancanza costituisce un'eccezione, ancorché il legislatore abbia adottato una locuzione lata dal punto di vista tassonomico. Si che, le «*particolari esigenze di celerità del procedimento*» di cui parla l'art. 7 *cit.* sembrano attagliarsi alle ipotesi di provvedimenti caratterizzati da contingibilità e urgenza, come pure ai provvedimenti interinali e cautelari⁵. A seguito dell'avvio del pro-

⁴ Sugli istituti partecipativi nella l. n. 241/90, S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro Italiano*, 1993, V, 27 ss.; P. CHIURULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 615 ss.; S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, 94 ss.; A. CROSETTI, F. FRACCHIA, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

⁵ Sull'assenza dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento interdittivo, Consiglio Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale, 4 aprile 2018, n. 206,

cedimento amministrativo, poi, i soggetti destinatari in via diretta degli effetti del (futuro) provvedimento acquistano il diritto di prendere visione degli atti del procedimento, fatti salvi unicamente i limiti derivanti in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 24 l. n. 241/90 cit., nonché, secondo l'art. 9 cit., di presentare memorie scritte e documenti, che, se pertinenti all'oggetto del procedimento, l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare. Questo peculiare atteggiarsi delle garanzie partecipative confluisce, poi, nei procedimenti a istanza di parte, nell'obbligo per l'autorità amministrativa di comunicare tempestivamente agli istanti le ragioni ostative rispetto all'accoglimento della domanda, cui segue la possibilità per questi ultimi di presentare per iscritto osservazioni, anche corredate da ulteriori documenti (cfr. art. 10 *bis* cit.). In quest'ultima ipotesi, a ulteriore rafforzamento delle prerogative del privato destinatario dell'esercizio del potere amministrativo, all'interno della motivazione del provvedimento finale l'amministrazione è tenuta a dare compiuta motivazione nel provvedimento finale di diniego. Se è vero che l'art. 10 *bis* l. n. 241/90, come appena brevemente descritto, testualmente risulta applicabile soltanto nei procedimenti a istanza di parte, dal medesimo sembra comunque derivare una conseguenza di portata più generale. Anche nei procedimenti a iniziativa d'ufficio, infatti, ove il privato destinatario della comunicazione di avvio del procedimento abbia presentato memorie scritte e documenti ai sensi dell'art. 9 cit., nella motivazione del provvedimento finale l'amministrazione deve dare conto della loro avvenuta valutazione.

3. *La dimensione eurounitaria e convenzionale del giusto procedimento amministrativo*

Delineate le coordinate interpretative rilevanti nell'ordinamento interno, il loro combinato disposto suggerisce che intanto l'adozione della documentazione antimafia è sottratta all'applicazione delle garanzie partecipative delineate dalla l. n. 241/90 in quanto la stessa sia qualificata come provvedimento a carattere preventivo, *rectius*, cautelare. Ecco che, secondo l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato, il provvedimento interdittivo antimafia ha proprio natura cautelare, trattandosi di una misura provvisoria e strumentale, in quanto tale priva di quelle caratteristiche di stabilità e oppugnabilità tipiche di provvedimenti negativi definitivi⁶. Si legge, precisamente, che «*l'interdittiva antimafia consiste in una*

secondo cui «nel procedimento volto all'adozione dell'interdittiva antimafia – sulla base del condiviso orientamento giurisprudenziale maggioritario – le particolari esigenze di celerità, giustificano un'attenuazione delle garanzie di partecipazione procedimentale, fino a giustificare la legittimità di un provvedimento interdittivo adottato in assenza di comunicazione di avvio del procedimento (di cui all'art. 7 della legge 241/90)».

⁶ Tra più, vd. Consiglio di Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5753, secondo cui «La disciplina delle informazioni antimafia e delle preclusioni a contrarre con la p.a. costituisce una diretta

*tipica misura cautelare di polizia, preventiva ed interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale, essendo espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata*⁷. Nonostante le conclusioni della giurisprudenza amministrativa, in prospettiva critica si può rilevare come il provvedimento interdittivo antimafia, invero, sia un atto propriamente conclusivo del procedimento amministrativo, avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A. A seguito del rilascio di una interdittiva antimafia, infatti, secondo quanto prescritto all'art. 94 primo co. D.Lgs. n. 159/2011, «*si soggetti di cui all'art. 83 co. 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni o erogazioni*». Ma vi è di più. Le valutazioni, pur discrezionali, che il Prefetto svolge per accertare se e in che misura nell'impresa vi siano infiltrazioni mafiose, possono fondarsi su una congerie di elementi di fatto soltanto parzialmente tipizzati dal legislatore (i.e. i delitti spia di cui all'art. 84 co. 4 D.Lgs. n. 159/2011). Esistono, infatti, una serie di dati a cd. «*condotta libera*», completamente lasciati al «*prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'Autorità Amministrativa*», la quale, ai sensi dell'art. 91 co. 6 D.Lgs. n. 159/2011, può desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa anche soltanto da elementi da cui risulti che l'impresa «*possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata*»⁸. Parimenti, l'affievolimento delle garanzie partecipative non conosce un contemperamento e riequilibrio all'interno del processo amministrativo. Il giudice amministrativo chiamato a valutare la gravità del pericolo di infiltrazione mafiosa posto a base della valutazione prefettizia, infatti, esercita un sindacato estrinseco sul provvedimento, in quanto tale insuscettibile di andare oltre l'apprezzamento della ragionevolezza e della proporzionalità della prognosi inferenziale che l'Autorità amministrativa trae dalle circostanze di fatto ritenute dirimenti ai fini dell'adozione dell'interdittiva⁹. Ecco che, allora, il contraddittorio nella fase procedimentale assumerebbe con ogni probabilità un ruolo di assoluta primazia, dal momento che l'operatore economico potrebbe offrire all'Amministrazione osservazioni, riscontri documentali e ogni altro elemento di fatto utile ai fini dell'adozione di un provvedimento favorevole, cioè di documentazione

filiazione di quelle sulle misure di prevenzione (...). Esse, pertanto, costituiscono strumenti con funzione spiccatamente cautelare e preventivo, di contrasto della criminalità organizzata e, di conseguenza, con particolare riguardo alle informazioni relative alla sussistenza di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e degli indirizzi di una società o di un'impresa, (...) non presuppongono per quei fatti l'accertamento della responsabilità penale, essendo sufficiente, per contro, che tali fatti abbiano carattere sintomatico ed indizianti del pericolo in senso oggettivo».

⁷ In termini, Consiglio di Stato, sez. III, 13 agosto 2018, n. 4938.

⁸ Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

⁹ Tra più, si vd. Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; Id., 30 gennaio 2019 n. 758.

antimafia liberatoria, pur in presenza di un quadro probatorio sfavorevole. Di qui, la rilevanza della pretermissione dei diritti partecipativi che vengono subordinati dal legislatore dell'art. 93 co. 7 D.Lgs. n. 159/2011 alla valutazione prefettizia nel corso dell'istruttoria procedimentale generalmente, intanto l'Autorità prefettizia dispone l'audizione dell'operatore economico in quanto la medesima sia funzionale a perseguire finalità istruttorie, non configurando il contraddittorio infraprocedimentale garanzia effettiva di partecipazione al procedimento.

Esaurita così la disamina delle disposizioni rilevanti nell'ordinamento nazionale, l'attenzione si sposta nella dimensione eurounitaria, dove il riferimento normativo è duplice. In primo luogo, vi è l'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 (la Carta di Nizza), che forgia il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione elevandolo a diritto primario dell'Unione Europea, al pari dei suoi Trattati istitutivi¹⁰. Tale diritto

¹⁰ Sull'art. 41 CDFUE la bibliografia è prolifica. Per una lettura sistematica della disposizione in discorso, efficace la ricostruzione di M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, 33, secondo cui «il contraddittorio davanti all'autorità amministrativa è un caso esemplare dell'elaborazione di un principio generale da parte della Corte di giustizia attraverso il metodo della generalizzazione, congiunto a quello della comparazione con i principi in vigore negli Stati membri». È stato altresì osservato che quanto contenuto all'art. 41 CDFUE è da considerarsi come «un elenco non tassativo, la cui natura aperta è messa in evidenza dalla formulazione che “[t]ale diritto comprende in particolare”», così le Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Menegozzi, presentate il 23 febbraio 2010, in causa C- 290/07 P, Commissione europea c. Scott SA, 9. Secondo P. PROVENZANO, *I vizzi nella forma e nel procedimento amministrativo fra diritto interno e diritto dell'unione europea*, Milano, 2015, 10 «I diversi commi di cui si compone l'art. 41, testé passati in rassegna, sintetizzano e mettono in correlazione tra di loro i diversi corollari del diritto ad una buona amministrazione. I quali, sia pur sinora solamente in modo parziale contemplati da specifiche disposizioni dei Trattati, erano comunque nella loro interezza già parte integrante, e da diverso tempo, del diritto vivente dell'Unione Europea. Da un punto di vista meramente contenutistico, dunque, l'art. 41 certamente non costituisce una disposizione innovativa. Del resto, com'è ampiamente noto, l'intento perseguito dai redattori della Carta non era quello di creare nuovi ed inediti diritti, ma di fotografare quelli già esistenti nel contesto dell'Unione»; ID., *Il procedimento amministrativo e il diritto ad una buona amministrazione*, in a cura di D.U. AULETTA, *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2020, 107 ss. Conf. sul punto la ricostruzione di D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI, *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013, 71 ss. Del pari, autorevole dottrina sostiene che «L'art. 41 costituisce, dunque, l'approdo ultimo di quella evoluzione funzionale che ha nel tempo subito il concetto di “buona amministrazione”. Esso infatti, com'è stato autorevolmente osservato, «da principio in funzione dell'efficacia della pubblica amministrazione (*ex parte principis*), è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini (*ex parte civis*)». Così S. CASSESE, *Il diritto a una buona amministrazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 109. Oltre ad avere un valore di “norma-contenitore”, recettiva della visione dei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione nei diversi Stati membri, secondo altri l'art. 41 CDFUE reca con sé qualcosa di innovativo a livello sistematico. Come ha osservato la dottrina, «proclamare il diritto alla buona amministrazione e declinare questo diritto in una serie

espressamente ricomprende per ogni individuo il diritto di essere ascoltato prima dell'adozione di un provvedimento che le rechi pregiudizio. L'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, intitolato proprio al diritto a una buona amministrazione, attribuisce all'interessato una serie di garanzie pertinenti all'esercizio del potere amministrativo da parte delle istituzioni eurounitarie. Il primo paragrafo, precisamente, riconosce il diritto a un trattamento imparziale ed equo nell'ambito di un procedimento che abbia ragionevole durata. Il secondo paragrafo, invece, è dedicato a contenuti di taglio maggiormente applicativo e pratico, quali, appunto, il diritto al contraddittorio procedimentale nei procedimenti che possono concludersi con un provvedimento limitativo sfavorevole, il diritto di accesso agli atti amministrativi, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti. A completare la rosa delle tutele attribuite al privato, in chiave rimediale, si collocano gli altri due paragrafi della norma, nel prevedere la risarcibilità dei danni cagionati dall'Unione Europea nell'esercizio delle sue funzioni, oltre alla possibilità di ricevere riscontro in una delle lingue ufficiali dell'Unione. La formulazione dell'art. 41 della Carta di Nizza è ritenuta la risultante assiologica di principi giuridici appartenenti alla tradizione giuridica condivisa degli Stati membri. Tanto vale, specialmente, per ciò che concerne l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione. Detto altrimenti, se è vero, come pare, che nell'ordinamento nazionale il diritto a una buona amministrazione è riferito allo Stato-apparato e ai rapporti che lo stesso intreccia con il privato, alla stessa stregua l'art. 41 cit. reca espresso e unico riferimento a istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Tale limitazione, invero, non collima con quanto previsto all'art. 51 della stessa Carta di Nizza, secondo cui, nel rispetto del principio di sussidiarietà, le disposizioni ivi contenute si applicano sì alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione ma, altrettanto, seppur esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, agli Stati membri. Ancorché vi siano impostazioni di segno opposto, l'orientamento coeso della giurisprudenza, nazionale ed eurounitaria, inibisce ogni interpreta-

di garanzie procedurali è espressione di un modo specifico di intendere l'esercizio del potere amministrativo da parte della Comunità. Significa, in particolare, che la protezione del singolo supera, nell'ordinamento sopranazionale, le esigenze di efficacia, efficienza ed economicità degli apparati amministrativi». In termini il pensiero di A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008, 130-131. Ecco perché l'art. 41 cit. è ritenuta una disposizione innovativa, per aver obliterato il tradizionale meccanismo del diritto amministrativo italiano per cui le garanzie procedurali del privato dovevano essere recessive rispetto al perseguimento dei principi pubblicistici di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. Convergono nell'impostazione R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTI, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 284; 439 ss; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 104. D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in (a cura di) S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI, *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013, 71 ss.

zione estensiva dell'art. 41 cit., giusta l'inequivocità del suo tenore letterale¹¹. Del resto, lo stesso art. 51 CDFUE, al par. 2, esclude che l'introduzione della Carta di Nizza abbia posto sull'Unione Europea nuovi compiti e competenze ovvero modificazione i contenuti preesistenti. Non solo. Anche l'art. 6, par. 1 co. 2 TUE inibisce in maniera esplicita ogni estensione delle competenze dell'Unione, come definite nei trattati¹². In altri termini, in prospettiva oggettiva, l'efficacia dell'art.

¹¹ Riguardo alla rilevanza nel diritto interno dell'art. 41 della Carta di Nizza sono rinvenibili due distinti ed antitetici orientamenti. Il primo tende a negare che tale disposizione abbia diretta valenza nel diritto amministrativo nazionale perché la stessa sarebbe «applicabile, per disposto espresso della stessa Carta alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» (cfr., tra più, Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 3 dicembre 2010, n. 8504). Il secondo, viceversa, attribuisce al citato art. 41 la natura di «criterio-guida dell'amministrazione nazionale alla cui stregua rileggere i precetti Costituzionali e della legislazione primaria» (vd. Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, sez. VII, sent. 27 giugno 2012, n. 307; Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sede di Cagliari, sez. I, sent. 11 maggio 2011, n. 471; Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sede di Palermo, sez. II, sent. 12 maggio 2010, n. 6685; Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, sez. I, sent. 22 aprile 2013, n. 1031). In dottrina, si vd. sul punto il contributo di D.U. GALETTA, *Diritto a una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Amm.*, 2010, 611 ss.; G. GRECO, *Argomenti di Diritto Amministrativo, Lezioni*, vol. I, Milano, 2013, p. 22, ove si osserva che «il diritto ad un buona Amministrazione, formalmente previsto per le Istituzioni comunitarie, non può però non valere anche nei confronti delle Istituzioni degli Stati membri, che, nell'ambito della disciplina comunitaria, operano come amministrazione comunitaria indiretta. E finisce per estendersi anche al di fuori degli ambiti specificamente coperti dal diritto europeo, se non altro per la forza espansiva del principio di parità di trattamento (art. 3 della Costituzione), che produce effetti indotti di carattere generale». Ancora, si segnalano, per organicità e completezza, il contributo di P. PROVENZANO, *Art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e integrazione postuma della motivazione*, Nota a sentenza T.A.R. Umbria, sez. I, sent. 21 febbraio 2013, n. 105, in *Riv. it. dir. pub.*, 2013, 5-6, 1117-1134. In giurisprudenza, con specifico riferimento alla materia della documentazione antimafia, cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, ord. 10 luglio 2020, n. 569, su cui ci si soffermerà più specificamente sub par. 4, secondo cui «va respinta l'ipotesi di applicabilità dell'art. 21-octies della L. 241/1990, in presenza di fatti e circostanze oggetto di apprezzamento e valutazione discrezionale, e non sussistendo ragioni di urgenza a giustificazione dell'omissione della fase partecipativa».

¹² Sull'assenza di competenza della Corte di giustizia in materia di interpretazione della legislazione nazionale sul procedimento amministrativo è fondamentale richiamare CGUE, sez. III, 21 dicembre 2011, C- 482/10, *Cicala*, in *Giur. it.*, 2012, 1677, secondo cui «La decisione di rinvio del giudice a quo e la l. italiana n. 241/1990 non apportano indicazioni sufficientemente precise dalle quali potrebbe dedursi che, richiamandosi l'art. 1 l. n. 241/1990 ai principi del diritto dell'Unione, il legislatore nazionale abbia inteso, con riferimento all'obbligo di motivazione, realizzare un rinvio al contenuto delle disposizioni degli art. 296, 2° comma, TFUE e 41 n. 2 lett. c) della carta o ancora ad altre disposizioni del diritto dell'Unione inerenti all'obbligo di motivazione dei provvedimenti, al fine di applicare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione; non si può dunque ritenere che sussista un interesse certo dell'Unione a che sia preservata l'uniformità di interpretazione di dette disposizioni; la corte non è perciò competente a risolvere le questioni proposte dalla corte dei conti, sezione giurisdizionale per la regione siciliana, in considerazione dell'oggetto di tali questioni».

41 CDFUE si spiega «quando l'amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le rechi pregiudizio». Dal punto di vista soggettivo, invece, è esclusa l'operatività del principio nei confronti di soggetti diversi dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione Europea¹³.

In secondo luogo, vi è l'art. 6, par. 1 del Trattato sull'Unione Europea il quale, come noto, afferma il riconoscimento da parte dell'Unione dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati¹⁴. Come noto, le fonti del diritto primario dell'Unione Europea sono suscettibili di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali soltanto ove presentino i caratteri della sufficiente precisione e del carattere incondizionato, in modo da creare a favore dei singoli posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinanzi ai giudici nazionali¹⁵. Il principio del contraddittorio, tuttavia, quale espressione fondamentale di civiltà giuridica europea, appartiene già al catalogo dei principi generali del Diritto dell'Unione in base all'art. 6 par. 3 TUE, a mente del quale fanno parte del diritto dell'Unione, in qualità di principi generali, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁶. Pertanto, sia che si guardi sotto la lente dell'art. 6 par. 1 TUE che sotto la lente dell'art. 6 par. 2 TUE, il riconoscimento espresso dei “diritti di difesa procedimentali” impone che ogni soggetto destinatario dell'esercizio di un potere a sé sfavorevole sia essere messo in condizione di manifestare tutti gli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione. D'altro canto, dal punto di vista soggettivo, tale obbligo incombe sulle PPAAs degli Stati membri nella misura in cui i relativi provvedimenti trattino materie che rientrano nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione Europea, a prescindere da una espressa previsione allo scopo nel diritto interno. Solo in tale circostanza, difatti, lo stesso assume reale valore di principio generale direttamente efficace e applicabile negli ordinamenti nazionali¹⁷. Il riferimento all'art. 6 TUE inevitabilmente aggancia il

¹³ Tanto è ribadito, da ultimo, proprio nell'ordinanza della CGUE, IX sez., 28 maggio 2020, cit.

¹⁴ Per una compiuta disamina dell'art. 6 CEDU, comprensiva di richiami a fonti giurisprudenziali, si vd. *Guide on Article 6 – Right to a fair trial (criminal limb)*, 2014 in https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf.

¹⁵ Sull'efficacia diretta delle norme dei Trattati istituiti, si ricorda la nota CGUE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*.

¹⁶ Sul diritto di difesa quale principio generale eurounitario, CGUE, grande sezione, 22 ottobre 2013, C-276/12, *Sabou*, in *Foro it.*, 2014, IV, 383 ss.

¹⁷ Sulla portata del principio nella dottrina e nella giurisprudenza, comunitaria e nazionale, ci si soffermerà a breve, nel par. 3.

tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento eurolunitario¹⁸. Come noto, peraltro, la disposizione appena riportata recepisce il principio di diritto espresso dalla medesima Corte di Giustizia nella sentenza *Nold* del 1974¹⁹. Questo, a ben vedere, vale a prescindere dall'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, tema vivacemente dibattuto in dottrina giusta la formulazione dell'art. 6 par. 2 TUE²⁰. Nonostante la formulazione dell'art. 6 par. 3 TUE, il ruolo che

¹⁸ Sui destinatari della Carta dei diritti fondamentali UE, specie riguardo all'art. 41 cit., cfr. Corte di giustizia UE, sez. VII, 20 dicembre 2017, C-276/16, *Prequì Italia s.r.l.*, in *Foro it.*, 2018, IV, 146, secondo cui, tra l'altro: «Il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi deve essere interpretato nel senso che i diritti della difesa del destinatario di un avviso di rettifica dell'accertamento, adottato dall'autorità doganale in mancanza di una previa audizione dell'interessato, non sono violati se la normativa nazionale che consente all'interessato di contestare tale atto nell'ambito di un ricorso amministrativo si limita a prevedere la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecuzione di tale atto fino alla sua eventuale riforma rinviando all'articolo 244 del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce un codice doganale comunitario, come modificato dal regolamento (CE) n. 2700/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2000, senza che la proposizione di un ricorso amministrativo sospenda automaticamente l'esecuzione dell'atto impugnato, dal momento che l'applicazione dell'articolo 244, secondo comma, di detto regolamento da parte dell'autorità doganale non limita la concessione della sospensione dell'esecuzione qualora vi siano motivi di dubitare della conformità della decisione impugnata con la normativa doganale o vi sia da temere un danno irreparabile per l'interessato»; Corte di giustizia UE, 9 novembre 2017, C-298/16, *Ispas*, in *Foro it.*, 2017, IV, 577, secondo cui «il principio generale di diritto dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi alla verifica e alla determinazione della base imponibile dell'iva, un soggetto privato deve avere la possibilità di ricevere, a sua richiesta, le informazioni e i documenti contenuti nel fascicolo amministrativo e presi in considerazione dall'autorità pubblica per l'adozione della sua decisione, a meno che obiettivi di interesse generale giustifichino la restrizione dell'accesso a dette informazioni e a detti documenti».

¹⁹ CGUE, 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*: «I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza. Nel garantire la tutela di tali diritti, la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla costituzione di tali stati. I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario».

²⁰ Sul tema della "comunitarizzazione" della CEDU e dei cd. "controlimiti", occorre citare la fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 80/2011. Ivi, infatti, viene affermato che «Anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona restano valide le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale riguardo all'impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione Europea, di far derivare dalla qualificazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo quali "principi generali" del diritto dell'Unione la riferibilità dell'art. 11 Cost. alla convenzione europea. I principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale. Ciò vale anche per la Carta dei diritti fondamentali, poiché si è inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta dello "stesso valore giuridico dei trattati" nell'art. 6 par. 1 TUE abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istitu-

la CEDU riveste nell'ordinamento eurounitario emerge in tutta la sua rilevanza già all'art. 52 CDFUE, ove vengono attribuiti pari significato e portata ai diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, senza, tuttavia, escludere che il diritto dell'Unione ne appresti protezione più estesa.

Alla luce di quanto appena esposto, occorre allora dare atto del significato assunto dal principio del contraddittorio non soltanto nel diritto dell'Unione Europa ma, altresì, all'interno della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²¹. Il medesimo, precisamente, ruota attorno all'affermazione del diritto a essere sentiti, principio innestato nel procedimento amministrativo proprio dal processo giurisdizionale, tanto che, appunto, l'art. 41 CDFUE ne prevede l'obbligo in capo all'Autorità procedente per ogni provvedimento idoneo a recare pregiudizio, senza, perciò, distinguere la tipologia di procedimento presupposto, sia esso penale, civile ovvero amministrativo. In senso affine può leggersi l'art. 6 CEDU dedicato proprio al diritto a un processo equo. Ivi, infatti, può scorgersi una matrice comune rispetto all'art. 41 cit., giusta l'evoluzione succedutasi nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, le cui pronunce sono funzionali non soltanto a decidere il caso concreto ma anche per chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme sancite dalla Convenzione²². Quanto alla latitudine applicativa dell'art. 6 CEDU, vivace è stato ed è tuttora il dibattito interpretativo che ne è scaturito nell'ordinamento italiano²³. Si fa riferimento, precisamente, alle nozioni di "accusa penale", "tribunale" e "diritti e doveri di carattere civile". Sul punto, per quel che a questi fini interessa, è possibile dire che la dottrina amministrativistica ha tratto significative considerazioni dall'art. 6 CEDU, come si vedrà a breve, anche in virtù del fatto che, come noto, la stessa Corte di Strasburgo tende ad attribuire alle nozioni appena citate un significato autonomo rispetto a quelli attribuiti dai singoli ordinamenti nazionali. Del resto, la creazione di categorie dogmatiche a sé stanti e, tendenzialmente, più ampie, è congeniale alla

zioni dell'Unione. Ciò risulta peraltro anche dall'art. 51 della stessa Carta». In dottrina, tra più, I. ANDRÒ, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2015.

²¹ M. ALLENA, *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in www.giustamm.it; ID., *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonoma tutela?*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 67 ss.; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2009, pp. 1356 ss. Per un confronto sui limiti di efficacia e tutele multilivello del diritto al contraddittorio endoprocedimentale, vd. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, 84 ss.

²² Vd. Corte EDU, *case of Ireland v. the United Kingdom*, 18/01/1978.

²³ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 1 ss.; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1 CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2012, 4; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2015, 3.

stessa natura della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, nella sua qualità di trattato internazionale (*rectius*, "regionale") che, in quanto tale, deve abbracciare tradizioni giuridiche variegata.

4. *Le garanzie partecipative nella giurisprudenza amministrativa sulla documentazione antimafia*

La giurisprudenza nazionale ha avuto modo di interrogarsi circa la sussistenza di un obbligo di contraddittorio endoprocedimentale nella materia della documentazione antimafia, intesa nella sua più accezione. Difatti, ancorché la locuzione sia immediatamente evocativa delle cd. interdittive antimafia, in qualità di provvedimenti autoritativi unilaterali, tra gli strumenti con funzione di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata mafiosa esistono anche forme diverse come, tra le altre, la figura delle *white list*²⁴. Istituite dall'art. 1 co. 52 l. n. 190/2012 e disciplinate dal d.P.C.M. 18 aprile 2013, le *white list* sono elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori nelle attività espressamente individuate nell'art. 1 co. 53 l. n. 190/2012, non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, istituiti presso ogni Prefettura. Il principio del giusto procedimento emerge nell'analisi di questo istituto perché l'iscrizione nell'elenco, pur volontaria, sostituisce la comunicazione ovvero l'informazione antimafia liberatoria anche rispetto al perfezionamento di contratti pertinenti attività diverse da quelle per le quali è stata disposta, oltre a conservare efficacia per dodici mesi. Il meccanismo operativo sotteso a questa figura non prevede alcuna forma di contraddittorio endoprocedimentale. Sul punto, recente giurisprudenza ha avuto modo di soffermarsi sul mancato rispetto del canone partecipativo enucleato dall'art. 10 *bis* l. n. 241/90 *cit.*, proponendo una lettura coerente con l'esigenza di garantire il diritto di difesa in sede procedimentale, specie considerando che il procedimento funzionale all'iscrizione è a impulso di parte²⁵. All'esito del procedimento, tuttavia, se il Prefetto rigetta la richiesta di iscrizione, evidenzia quali sono gli elementi sintomatici dai quali trarre il rischio di permeabilità dell'impresa ad organizzazioni mafiose. Tale ipotesi costituisce una vera e propria interdittiva antimafia, i cui effetti per la vita dell'impresa non sono limitati alla semplice mancata iscrizione alla *white list*²⁶.

²⁴ Per un inquadramento generale sul tema, si veda, tra più, G. MARCHIANÒ, *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?*, in *Mimus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, Napoli, 2, 2013.

²⁵ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, 4 aprile 2018, n. 206 *cit.*

²⁶ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., ord. 569/2020, *cit.*, ha affermato la necessità di «una lettura costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi eurounitari, alla cui stregua

Diversa l'impostazione giurisprudenziale che si riscontra per i provvedimenti interdittivi in senso proprio, come disciplinati all'art. 84 ss. D.lgs. n. 159/2011. A riguardo, effettivamente, la giustizia amministrativa è orientata a ritenere legittima la pretermissione degli istituti partecipativi di cui alla l. n. 241/90, con particolare riferimento, evidentemente, all'art. 93 co. 7 cit.²⁷ In argomento, ad avviso dello scrivente, particolarmente significative sono due recenti pronunce della Terza Sezione del Consiglio di Stato, sentenze 6 maggio 2020, n. 2854 e 31 gennaio 2020, n. 820.

Nella prima, precisamente, il perno su cui ruota la legittima pretermissione delle garanzie procedurali nella materia antimafia è costituito dal successivo sindacato giurisdizionale sul provvedimento interdittivo prefettizio. Il medesimo è ritenuto dal Consiglio di Stato, «*pieno ed effettivo, in termini di full jurisdiction, anche secondo il diritto convenzionale, perché non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindacava anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa, nell'accezione, nuova e moderna, di una discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione*»²⁸. Sul punto, si nota che la pronuncia rievoca l'impostazione dottrinale della cd. «*teoria del prestito*», elaborata, a ben vedere, nella materia delle sanzioni amministrative e tale per cui il potere sanzionatorio esercitato dalla P.A. altro non sarebbe che prestato dalla funzione giurisdizionale, cui la potestà sanzionatoria è sostanzialmente connaturata²⁹. Non solo, la parte motiva della sentenza citata menziona espressamente la nozione di «*full jurisdiction*». Ebbene, pur essendo lo scrivente ben consapevole della complessità dei concetti citati, per quel che qui interessa basti dire che tale tipologia di sindacato giurisdizionale nasce nella materia

si evince, rispettivamente, che il diritto al contraddittorio realizza l'inalienabile diritto di difesa del cittadino, presidiato dall'art. 24 Cost. e il buon andamento dell'Amministrazione, presidiato dall'art. 97 Cost.». Nel caso specifico, l'asserita violazione dell'art. 10-*bis* l. n. 241/90 è stata ritenuta rilevante perché molti fatti posti a fondamento della informativa, contestati con argomenti pur plausibili, avrebbero dovuto costituire oggetto di dettagliata verifica in sede di contraddittorio procedimentale. *Contra*, Consiglio di Stato, sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913.

²⁷ Consiglio di Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854; conf. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105. In Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 si legge che «L'audizione del soggetto interessato e l'invito a fornire informazioni o documenti presuppongono una valutazione discrezionale dell'autorità [...] in ordine all'utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico».

²⁸ In termini, Consiglio di Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854.

²⁹ La prima e più compiuta dottrina di riferimento sul punto è costituita da R. GIOVAGNOLI, *Autorità Indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno «Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati», tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013, p. 13.

della discrezionalità amministrativa di tipo tecnico. La medesima comporta per il giudice amministrativo il potere di verificare i fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato, nonché estendersi anche ai profili di tipo tecnico. Soltanto laddove in questi ultimi siano coinvolte valutazioni opinabili il sindacato si restringe a un controllo di semplice ragionevolezza, logicità e coerenza motivazionale del provvedimento adottato, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello della Pubblica Amministrazione³⁰.

Nella seconda pronuncia citata, invece, il Collegio conclude sul tema proprio rifacendosi a precedenti pronunce della stessa Corte di Lussemburgo. Richiamando la parte motiva della sentenza *Ispas*³¹, prima citata, il Consiglio di Stato ribadisce che «*il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura in cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti*»³². Così opinando, allora, doppiamente legittima viene ritenersi la deroga prevista nella materia della documentazione antimafia, dal momento che, da un lato, la tutela dell'ordine pubblico integra certamente interesse pubblico sovraordinato e, dall'altro, con l'art. 93, co. 7, D.lgs. n. 159/2011, cit., il legislatore comunque rimette il contraddittorio procedimentale alla prudente valutazione dell'autorità prefettizia, non escludendolo del tutto. Del resto, «*La discovery anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia*». A livello sociologico, infatti, è noto che la previa conoscenza, anche in via solo potenziale, della probabile adozione del provvedimento antimafia potrebbe suscitare nelle consorterie criminali il ricorso a pratiche elusive funzionali a vanificare l'istruttoria prefettizia (*i.e.* sosti-

³⁰ L'affermazione del cd. sindacato giurisdizionale intrinseco non sostitutivo è dovuta a Cassazione Civile, Sezioni Unite, sent. 20 gennaio 2014, n. 1013. Per una ricostruzione organica sull'argomento, in dottrina R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 332 ss.

³¹ CGUE, sent. 9 novembre 2017, in C-298/16, *Ispas*, cit.

³² In argomento, R. RUPERTI, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020, 3. Sui rapporti tra procedimento amministrativo e Costituzione, si vd. in dottrina, L. BUFFONI, *Alla ricerca del principio costituzionale del "giusto procedimento": la "processualizzazione del procedimento amministrativo"*, in (a cura di) A. MASSERA, *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 189 ss; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 470-472 che, nel ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale intervenuta, esclude la rilevanza costituzionale del giusto procedimento. Nella giurisprudenza nazionale, si ricorda, tra più, Corte Costituzionale, 14 giugno 1990, n. 309 e, da ultimo, Corte Costituzionale, 11 marzo 2015, n. 71.

tuzioni degli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie)³³.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, sia consentita allo scrivente qualche riflessione in chiosa. Al di là della piena condivisibilità, da un punto di vista sistematico, dell'esigenza di preporre efficaci forme di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, si ritiene che la disciplina nazionale derogatoria degli istituti partecipativi procedimentali possa subire una rilettura alla luce della tutela multivello dei diritti³⁴. Certamente, la rimessione operata dal Tribunale Amministrativo per la Regione Puglia, giusto l'epilogo interpretativo cui è pervenuta la Corte di Giustizia nella pronuncia richiamata in *incipit*, ha senza dubbio costituito un'occasione mancata per elevare il giusto procedimento a principio direttamente, ed effettivamente, applicabile nell'ordinamento interno. Tanto specialmente, ma non soltanto, in una materia, come quella della documentazione antimafia, ove le garanzie partecipative approntate dal legislatore sono più attenuate rispetto a quanto contenuto nella legge generale sul procedimento amministrativo. Del resto, non si vedono limiti esegetici evidenti che siano ostativi a tale conclusione, a meno di non leggere nella facoltà di cui all'art. 93 co. 7 Cod. Antimafia uno strumento funzionale unicamente al completamento dell'istruttoria prefettizia. Parimenti, pare discutibile la mancanza di un criterio di collegamento della

³³ Consiglio di Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 cit. Sul decalogo delle fattispecie di una possibile ingerenza mafiosa ai fini dell'emissione dell'informazione interdittiva, tra più, si segnala la nota pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, 1082.

³⁴ Come bene evidenziato in R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti nazionali*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4: «Discutere di protezione multivello dei diritti fondamentali significa, oggi, affrontare nodi problematici di portata generale quanto al ruolo del giudice nazionale e del legislatore in una particolare contingenza storica che, protraendosi ormai da alcuni lustri, ha progressivamente modificato le coordinate di partenza dei sistemi giudiziari di protezione dei diritti delle persone, per l'un verso immettendo prepotentemente il controllo di legalità del giudice sulle leggi e, per altro verso, innestando nel tessuto normativo interno altre fonti produttive di significativi mutamenti delle coordinate dei diritti stessi». In argomento, senza pretesa di esaustività, vd. D. TRABUCCO, *Tutela multivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 3, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>; A. RUGGERI, *Riconoscimento e tutela "multivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 8 giugno 2007; D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 69 ss.; P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multivello dei diritti*, in *www.rivistaaic.it*, 16 maggio 2006, 4 ss.; F. SORRENTINO, *La tutela multivello dei diritti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, 1, 79 ss.

disciplina in discorso sia con il diritto convenzionale e europolitano. Come noto, infatti, anche recentemente la stessa Corte di Giustizia è intervenuta, ancora una volta in seguito a rinvio pregiudiziale interpretativo *ex art. 267 TFUE*, sulla compatibilità della disciplina del subappalto con i principi proconcorrenziali europolitani³⁵. Ivi, precisamente, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che *«il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici»*. Del resto, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tutela espressamente, all'art. 16, la libertà d'impresa, affermando proprio il riconoscimento della libertà di impresa, in conformità al diritto dell'Unione, alle legislazioni e prassi nazionali. Ecco che, allora, la risposta della Corte di Giustizia, unitamente all'orientamento giurisprudenziale prevalente di cui finora si è cercato di illustrare le caratteristiche principali, rende pressoché recessivo il disposto di cui all'art. 1 l. n. 241/90 cit. secondo cui, come noto, *«l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...) secondo le modalità previste»*, tra gli altri, proprio *«dai principi dell'ordinamento comunitario»*.

All'uopo, in chiosa, è significativo in questa sede richiamare la conosciuta presa di posizione dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet nella Causa C-383/13 PPU, ove si evidenzia che *«una violazione dell'art. 41 della Carta (...) non può essere regolarizzata semplicemente sulla base della possibilità di ricorrere in un secondo momento a un controllo giurisdizionale»*. Non solo, dopo aver sottolineato che *«in linea di principio, la tesi secondo cui l'audizione degli interessati non avrebbe potuto influenzare l'esito del procedimento (...) non può essere accolta, pena ledere la sostanza stessa dei diritti di difesa»*; il medesimo ha concluso sostenendo che *«alla luce della giurisprudenza della Corte (...) la violazione del diritto di essere sentiti non può che comportare l'annullamento delle decisioni controverse»*³⁶.

³⁵ CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali. Si ricorda che la questione pregiudiziale rimessa verteva sull'asserito contrasto con la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio della disciplina delineata all'articolo 105 co. 2 D.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui prevede che «Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Per completezza, si evidenzia che, ai sensi dell'art. 1, co. 18 L. n. 55 del 2019 e dell'art. 13, co. 2, lettera c), del d.l. n. 183 del 2020 «in deroga al presente comma il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto, fino al 30 giugno 2021». Si vd. anche il Comunicato del Presidente ANAC del 23 ottobre 2019 sulla compatibilità clausole del Bando-tipo n. 1 con il decreto legislativo 19 aprile 2016, n.50, come novellato dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32, convertito in legge del 14 giugno 2019 n. 55.

³⁶ Cfr. Presa di posizione dell'Avv. Melchior Wathelet, presentate in data 23 agosto 2013, in causa C-383/13 PPU, M.G., N.R. c. Saatssecteraris van Veiligheid en Justitie, in www.curia.europa.eu.

Abstract

L'elaborato si propone di svolgere riflessioni sulla declinazione del principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia. Occasione dell'indagine è una recente ordinanza con cui la Corte di Giustizia ha affermato la manifesta irricevibilità della questione pregiudiziale interpretativa relativa all'applicazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel procedimento funzionale al rilascio della documentazione interdittiva antimafia. Ci si chiede, in altre parole, se il contraddittorio eventuale contemplato all'art. 93 co. 7 D.Lgs. n. 159/2011 sia compatibile con la formulazione e interpretazione comune dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ovvero se possa ricevere una qualche forma di tutela in virtù dell'art. 6 par. 3 Trattato sull'Unione Europea. Da ultimo, si passeranno in rassegna i principali orientamenti interpretativi della giurisprudenza amministrativa su ruolo e fondamento delle garanzie partecipative nel sistema della documentazione antimafia.

Thoughts on the principle of fair procedure regarding to anti-mafia information

This essay aims to carry out reflections on the declination of the principle of fair procedure in the matter of anti-mafia information. The survey occasion is a recent order with which the Court of Justice has affirmed the manifest inadmissibility of the interpretative preliminary question relating to the application of article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the procedure for the adoption of anti-mafia information. In other words, the question is whether the cross-examination mentioned in art. 93, paragraph 7 of Legislative Decree no. 159/2011 is compatible with the wording and common interpretation of art. 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, or whether it can receive some form of protection under art. 6, paragraph 3 of the Treaty on European Union. Finally, the main interpretative orientations of administrative jurisprudence on the role and basis of the participatory guarantees in the system of anti-mafia documentation will be reviewed.

La dottrina dialoga con la giurisprudenza

Il giudice amministrativo nei meandri del centro storico: alla ricerca di un paradigma unitario, fra governo del territorio e salvaguardia del patrimonio culturale¹

di Anna Simonati

SOMMARIO: 1. Premessa. L'assenza di una nozione giuridica univoca di "centro storico", fra complessità funzionale, incertezze legislative ed elaborazioni dottrinali. – 2. La concezione "positivistica": il centro storico quale area delimitata dalla "zona A" indicata nel piano regolatore generale. – 3. Ubicazione in centro storico e pregio culturale dei singoli immobili, fra automatismi e complessità valutativa. – 4. Segue. I rischi dell'eccessiva differenziazione del centro storico rispetto alle altre parti del tessuto urbano. – 5. La concezione "olistica" del centro storico. – 6. Qualche breve considerazione di sintesi.

1. *Premessa. L'assenza di una nozione giuridica univoca di "centro storico", fra complessità funzionale, incertezze legislative ed elaborazioni dottrinali*

Da tempo lo sviluppo dei centri storici, quali nuclei più antichi degli agglomerati, suscita l'attenzione della dottrina giuridica².

Si tratta di una questione polivalente³, correlata in primo luogo all'esigenza

¹ Questo contributo è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*.

² Già nella dottrina risalente si è evidenziata la necessità che alle misure conservative dei centri storici si affiancassero iniziative di promozione della rivitalizzazione e dello sviluppo ulteriore. V., per esempio: G. PIFFERI, *Centro storico e vecchio nucleo urbano: come recuperarli?*, in *Nuova rass.*, 1982, 17-18, 1733 s.; G. SAPIO, *Centro storico e sviluppo della città*, in *Civiltà delle macchine*, 1975, 1-2, 17 s.; U. ALLEGRETTI, *La questione centri storici: un bilancio ed alcune scelte*, in *Le Regioni*, 1978, 1, 66 ss.

³ La variegata consistenza degli interessi pubblici connessi alla salvaguardia dei centri storici da tempo è evidenziata in dottrina. A mero scopo esemplificativo, v.: M.A. SANDULLI, N. SANDULLI, *Valori culturali e ambiente storico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *La questione dei centri storici. Gli strumenti normativi di tutela e di intervento nello stato di cultura*, a cura di S. CATTANEO, Milano, 1997, 74 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'attività di trasformazione dei beni culturali*, in *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale. Atti del Convegno AIDU, Napoli 12 e 13 maggio 2006*, a cura di M.A. SANDULLI, M.R. SPASIANO, P. STELLA RICHTER Napoli, 2007, 211 ss.; D. VAIANO, *L'ordinamento dei beni culturali, in Beni culturali e paesaggistici*, a cura di A. CROSETTI, D. VAIANO, Torino, 2009, 38 ss.; A. CROSETTI, *Tutela dei beni culturali attraverso vincoli di destinazione: problemi e prospettive*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 257 ss.; N. AICARDI, *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, in *La tutela dei centri storici: discipline giuridiche*, a cura di G. CAIA, G. GHETTI, Torino, 1997, 110. V. anche, per esempio: A. PERINI, *La tutela dei centri storici: un excursus sulle discipline giuridiche*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 2, 313 ss.; M. MILONE, *Sulla tutela dei centri storici sotto il profilo della tutela ambientale e monumentale*, in *Vita not.*, 1992, 5-6, 1384 ss.; O. CANOVA, *L'attuazione della pianificazione comunale, la rilevanza nel tempo del processo pianificatorio, la tutela delle zone agricole e del centro storico: linee di tendenza nella legislazione regionale*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, 2-3, 327 ss.; M. BESSONE, *Linee di evoluzione nella normativa in tema di centro storico. Dalla legge sull'espropriazione per pubblica utilità ai poteri regionali di governo del territorio*, in *Riv. notariato*, 1975, 32 ss.; più recentemente, I. RUSCELLI, *Percorsi e sperimentazioni sui centri storici in Italia*,

di salvaguardare la memoria dell'ambiente antropico (anche al di là della sua valenza puramente estetica), migliorando e agevolando la fruibilità delle sue testimonianze più risalenti⁴.

In secondo luogo, emerge l'urgenza di contrastare per quanto possibile il progressivo abbandono da parte dei residenti⁵, mediante un efficientamento infrastrutturale idoneo ad equiparare – o almeno assimilare – la qualità della vita in centro storico a quella garantita nelle altre zone del tessuto urbano⁶.

D'altro canto, crescente sensibilità si riscontra per le potenzialità di sviluppo economico correlate con la vocazione turistico-ricettiva di aree ricche di fascino⁷, il che impone di cercare un oculato contemperamento fra la conservazione della

in *Disc. commercio e servizi*, 2004, 4, 861 ss., nonché U. GIRARDI, *Il monitoraggio degli interventi integrati per la riqualificazione dei centri storici e delle aree urbane*, *ivi*, 2004, 4, 775 ss. V., infine, P. CARPENTIERI, *Il territorio tra tutela e trasformazione. Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica*, in https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/otcx/~edisp/nsiga_3829047.pdf, in particolare 31 ss.

⁴ Anche di questo da tempo si occupa la dottrina, la quale spesso segnala come la rigenerazione urbana dei centri storici sia particolarmente complicata a causa della necessità di operare un recupero multilivello, che richiede sia la valorizzazione della vocazione turistico ricettiva, sia la capacità di rivitalizzare l'attrattiva per una residenzialità permanente. Per considerazioni di questo tipo, v. in dottrina, per esempio, già N. GRASSO, *I centri storici*, in *Diritto dei Beni Culturali e del Paesaggio*, a cura di M.A. CABIDDU, N. GRASSO, Torino, 2004, 309 ss.; I. ROSSI, *Rigenerare i centri storici*, in *Disc. commercio e servizi*, 2012, 1, 61 ss., e G. CIRALLI, *Il degrado del tessuto urbano e il recupero dei centri storici*, in *Nuova rass.*, 1990, 1, 85 ss.

⁵ V. in proposito, tra gli altri, già C. SCISO LIBERATI, *Brevi considerazioni sulla tutela giuridica dei centri storici*, in *Giurisp. merito*, 1978, 3, 718 ss., e F. BENVENUTI, *I centri storici, problema giuridico?*, in *Impresa, ambiente e p.a.*, 1977, 3, 341 ss. Molto recentemente, poi, v. G.M. CARUSO, G. BEFANI, *L'urbanistica e lo spopolamento in Italia*, in *Istit. Fed.*, 2020, 347 ss., e A. DE NUCCIO, *Misure giuridiche per il contrasto dello spopolamento rurale dell'esperienza italiana: riflessioni su alcuni recenti interventi normativi*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2018, 2, 68 ss.

⁶ In dottrina, sottolineano variamente la rilevanza del contrasto del degrado dei centri storici, con particolare riferimento alla loro valenza culturale, per esempio: N. GRASSO, *I centri storici cit.*, 309 ss., e G. CIRALLI, *Il degrado del tessuto urbano e il recupero dei centri storici cit.*, 85 ss.; inoltre, v. vari contributi in *La questione dei centri storici. Gli strumenti normativi di tutela e di intervento nello stato di cultura cit.*, a cura di S. CATTANEO.

⁷ Nella dottrina risalente, prospettano addirittura la possibilità di equiparare il centro storico a un vero e proprio bene economico S. DELLA ROCCA, G. DI GIOIA, A. MUSTACCHI, *Aspetti economici del centro storico*, in *Civiltà delle macchine*, 1975, 43 s. Più recentemente, v., poi, L. DEGRASSI, *Attività commerciale e tutela dei centri storici. Le scelte strategiche negli ordinamenti regionali*, in *Il dir. dell'econ.*, 2011, 39 ss., e M. VALENTE, *Il centro commerciale naturale per la riqualificazione socio-economica dei centri storici*, in *Disc. comm. serv.*, 2004, 887 ss.

fisionomia originaria dei luoghi (e della loro vocazione identitaria), da un lato, e il loro utilizzo anche a fini imprenditoriali⁸, dall'altro lato⁹.

In ottica in parte diversa, inoltre, non va dimenticato che il concetto di “centro storico” è assai rilevante in prospettiva sovranazionale, in particolare poiché viene comunemente utilizzato nell'ambito dell'U.N.E.S.C.O.¹⁰ Tale circostanza ha sporadicamente indotto la dottrina a svolgere alcune riflessioni, a proposito degli strumenti di salvaguardia che possono essere attivati per garantire la conservazione ottimale dei siti¹¹.

Tutti i profili evidenziati sono palesemente suscettibili di impattare sulla gestione concreta dei centri storici. È dunque sorprendente che il legislatore ad

⁸ Questa prospettiva emerge, per esempio, in M. SPIGARELLI, *Il centro storico: ruolo, potenzialità e strumenti di valorizzazione*, in *Disc. comm. serv.*, 2004, 753 ss. V. anche L. ZANDERIGHI, *Un nuovo strumento per la politica del centro storico: il town centre management*, in *Disc. comm.*, 2001, 492 ss., e, sullo stesso tema, R. VONA, *Servizi commerciali, valorizzazione dei centri storici e sviluppo del turismo. Il Town Centre Management*, in *Econ. dir. terziario*, 2007, 343 ss., nonché, in epoca assai più risalente, M. BESSONE, *Imprenditorialità pubblica e interventi nel centro storico*, in *Pol. dir.*, 1975, 385 ss. Evidenzia i rischi connessi al potenziamento dell'imprenditorialità nei centri storici S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Limiti all'iniziativa economica e tutela del centro storico*, nota a C. cost., 30 luglio 1992, n. 388, in *Riv. giur. ambiente*, 1992, 4, 873 ss. Nella dottrina recente, si moltiplicano gli sforzi nel senso della valorizzazione delle potenzialità di sviluppo economiche insite in una gestione oculata e non “soffocante” dei centri storici; per esempio, v. L. FERRUCCI, *Le potenzialità economiche dei centri storici*, in *Aedon*, 2015, n. 2, <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2015/2/ferrucci.htm>. V. anche L. DI GIOVANNI, *I centri storici quali critici punti d'incontro degli interessi culturali e commerciali*, in *Istit. fed.*, 2018, 30 ss., e T. BONETTI, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 386 ss.

⁹ Per quanto riguarda la legittimità delle leggi regionali che si sono occupate della delimitazione dell'esercizio di attività commerciali di vario tipo nei centri storici, la Corte costituzionale si è pronunciata più volte, normalmente riconoscendo il potere di intervento delle Regioni. Per esempio, v., in proposito: Corte cost., 5 luglio 2010, n. 247, con nota di M. MALO, *Il “commercio degli ultimi”, fuori dai centri storici maggiori (del Veneto)*, in *Le Regioni*, 2011, 1025 ss. (e v. anche S. SILEONI, *La liberalizzazione del commercio tra concorrenza statale e reazioni regionali*, *ivi*, 2012, 921 ss.). A proposito della giurisprudenza amministrativa relativa all'ammissibilità dello svolgimento di attività commerciali in centro storico, v. *infra*, in particolare *sub par.* 4.

¹⁰ Come è noto, fra i numerosi siti italiani dichiarati patrimonio dell'umanità dall'U.N.E.S.C.O., oltre a numerosi complessi monumentali, rientrano alcuni centri storici complessivamente intesi: per esempio, si tratta dei centri storici delle città di Roma, Firenze, San Gimignano, Siena, Napoli, Pienza, Urbino. Per i dettagli, v. <http://www.unesco.it/italianellunesco/detail/188>.

¹¹ In proposito, in dottrina, v., per esempio: R. RAIMONDI, *La conservazione dei centri storici protetti dall'UNESCO*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 155 ss.; N.M. BOGOLYUBOVA, Y.V. NIKOLAeva, *Interazione di Italia e UNESCO in materia di beni culturali*, in *Italian Science Review*, 2015, 10, 31, 32 ss.; G. PETTENATI, *I paesaggi culturali UNESCO in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2019; G. SEGRE, A. RE, *La gestione integrata del patrimonio culturale: verso i distretti UNESCO*, in *La riqualificazione dei beni culturali tra legalità, efficienza della spesa e rafforzamento dei territori*, a cura di S. ALESSANDRINI, C. GALTIERI, Milano, Cisalpino, 2020, 65 ss. Per alcuni riferimenti giurisprudenziali sulla rilevanza dell'inserimento dei centri storici urbani nell'elenco dei siti tutelati dall'U.N.E.S.C.O., v. le sintetiche considerazioni espresse *infra*, *sub par.* 4.

oggi non abbia ancora accolto una definizione univoca, che potrebbe offrire un importante contributo di razionalizzazione delle diverse istanze ravvisabili¹².

Invero, qualche anno fa, il tema della rigenerazione e della salvaguardia dei piccoli agglomerati e dei loro nuclei storici è stato affrontato dal legislatore nazionale, in particolare con l'approvazione della l. 6 ottobre 2017, n. 158¹³. Si tratta, però, di un intervento parziale e assai mirato. A livello statale, l'unico riferimento diretto di ampia portata si configura nell'art. 136, lett. c), d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ove (come è noto) si accenna a «i centri ed i nuclei storici» quali beni equiparati ai beni paesaggistici in senso stretto in ragione del loro «notevole interesse pubblico»¹⁴.

¹² Per una sintetica ricostruzione dell'*excursus* normativo in materia di centri storici, che tiene conto della loro (almeno) duplice valenza giuridica, urbanistica e culturale, v., nella dottrina recente, per esempio, E.N. FRAGALE, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*, in *Munus*, 2020, 549 ss, in particolare 570 ss.; cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati.

¹³ Come è noto, si tratta della legge recante «Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi comuni». È assai più recente la pubblicazione del DPCM 23 luglio 2021, che individua l'elenco dei comuni sotto i 5.000 abitanti destinatari delle misure di semplificazione previste nella legge. Inoltre, non è irrilevante, e dimostra ulteriormente l'interesse manifestato dalle istituzioni per il recupero dei piccoli borghi, che allo sviluppo di questi ultimi il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza del 2021 abbia destinato 1, 02 miliardi di euro. Nella dottrina recente, v. in proposito: per esempio, G.P. BOSCARIOL, *La legge n. 158 del 2017 sui piccoli comuni*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2018, 1, 2013 ss. F. D'ANGELO, *Gli incentivi per la tutela del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 609 ss.; R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e politiche locali*, in *Istit. Fed.*, 2017, 3, 26 pp.; F. FOLLIERI, *Recupero e riqualificazione del territorio dei piccoli comuni*, in *GiustAmm.*, 2017, 12, 9 pp., e IDEM, *La legge 6 ottobre 2017 n. 158 ed il fondo per lo sviluppo dei piccoli comuni*, *ivi*, 2017, 12, 7 pp.

¹⁴ A proposito dell'art. 136, d. lgs. n. 42/2004, v. per tutti il commento di M.A. QUAGLIA, A. RALLO, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2019, 1203 ss., e cfr. l'ampio apparato di riferimenti bibliografici ivi indicato. Del resto, la sensibilità per la possibile valenza culturale di intere porzioni di ambiente antropico non è estranea al diritto positivo, se è vero che nel Codice del 2004 si afferma che «la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura» (art. 1, c. 2, d. lgs. n. 42/2004; v., poi, art. 2, c. 3, ove si precisa che «sono beni paesaggistici gli immobili e le aree [...] costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge»). Per il commento puntuale al combinato disposto degli artt. 2-3, d. lgs. n. 42/2004, v. per tutti G. SEVERINI, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, *cit.*, 3 ss., e cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati. A proposito del quadro normativo vigente in materia di salvaguardia dei centri storici e dei suoi possibili sviluppi futuri, in dottrina v., per esempio, G. SEVERINI, *Centri storici: occorre una legge speciale o politiche speciali?*, in *Aedon*, 2015, n. 2, <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2015/2/severini.htm>, nonché, in epoca più risalente, A. LIUNI, *La non convenienza all'intervento legislativo nei centri storici alla luce della vigente legislazione*, in *Riv. giur. edil.*, 1999, 23 ss. In prospettiva propositiva, v., poi, V. DE LUCIA, *Su una proposta di legge in materia di tutela delle città storiche*, in *Riv. giur. urb.*, 2019, 306 ss., M.V. LUMETTI, *Il centro storico, un "iperluogo" tra urbanistica, cultura, paesaggio e immaterialità*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 583 ss., e F. SALVIA, *Le testimonianze culturali*

Tale lacuna solo in parte è stata colmata dai legislatori regionali, i quali hanno spesso previsto una disciplina *ad hoc* per gli interventi edilizi operati su edifici siti in centro storico. Iniziative di questo tipo devono ritenersi compatibili con i principi generali dell'ordinamento, come emerge dalla giurisprudenza della Consulta¹⁵, che ha riconosciuto la legittimità costituzionale delle disposizioni regionali in cui si impone, con maggiore o minore rigore, il mantenimento delle caratteristiche originarie dell'immobile, proprio in relazione alla sua collocazione all'interno o all'esterno del centro storico¹⁶. In base all'orientamento attualmente

e urbanistiche del passato: le ragioni di una maggiore tutela. Vecchi e nuovi dilemmi su centri storici e periferie urbane, in *Dir. soc.*, 2006, 327 ss. Alla complessa fisionomia giuridica dei centri storici è dedicato il fascicolo speciale di *Disc. comm. serv.*, 2004, n. 4, ove si segnalano i contributi di: A. ZANIARI, *Politiche e strumenti di intervento per i centri storici e urbani. Introduzione*, 749 ss.; M. SPIGARELLI, *Il centro storico: ruolo, potenzialità e strumenti di valorizzazione cit.*, 753 ss.; I. ROSSI, *Dai centri storici ai centri urbani, l'approccio urbanistico*, in *Disc. commercio e servizi*, 2004, 841 ss.; I. RUSCELLI, *Pervorsi e sperimentazioni sui centri storici in Italia cit.*, 861 ss., M. VALENTE, *Il centro commerciale naturale per la riqualificazione socio-economica dei centri storici cit.*, 887 ss.

¹⁵ La Consulta, infatti, ha riconosciuto la possibilità che la disciplina nazionale posta a protezione del patrimonio culturale sia integrata da quella regionale, tenendo conto delle specificità tipiche delle diverse aree. Con riferimento proprio ad una legge regionale integrativa della disciplina nazionale (precisamente, si trattava della legge regionale veneta sui centri storici, 23 aprile 2004, n. 11), v. in tal senso, per esempio, la notissima decisione della Corte cost., 16 giugno 2005, n. 232, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 1, 66, con commento di G. COCCO, *Le relazioni tra ambiti materiali differenziati e livelli di governo diversi. La Corte "si complica la vita"*, nonché in *Riv. giur. edil.*, 2005, 1413, con commento di R. AGNOLETTO, *Le finalità di tutela dei beni culturali nell'ambito della legislazione regionale: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 2005*, e di L. MACCARI, *A proposito di un nuovo intervento della Corte costituzionale sulla disciplina delle distanze fra costruzioni alla luce del Titolo V della Costituzione*, *ivi*, 2006, 33 ss., in *Le Regioni*, 2005, con nota di A. ROCCELLA, *Governo del territorio: rapporti con la tutela dei beni culturali e l'ordinamento civile*, 1256 ss., e in *Gazz. amb.*, 2006, 1, con nota di F. RUSSO, *Beni culturali: nuove aperture a favore della legislazione regionale*, 91 ss.; in proposito, v. poi, in dottrina, F. MANGANELLO, *L'interesse nazionale scompare nel testo...ma resta nel contesto. Una rassegna dei problemi*, in *Le Regioni*, 2012, 57 ss.; F. VIGLIONE, *Il diritto privato regionale nel sistema delle fonti privatistiche: orientamenti incerti della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2013, 387 ss.; S. CAVALIERE, *Oscillazioni in senso centralistico della giurisprudenza costituzionale in tema di altri beni culturali diversi da quelli identificati tali ai sensi della normativa statale*, in *Amm. in cammino*, 12 maggio 2014; G. MANFREDI, *Il riparto delle competenze in tema di beni culturali e la leale collaborazione*, in *Ist. fed.*, 2017, 791 ss.; M. PICCHI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Verso un progressivo accentramento delle competenze?*, in <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/05/picchi.pdf>; P. SCARLATTI, *Beni culturali e riparto di competenze tra Stato e Regioni nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2018, 645 ss.; D. M. TRAINA, *Ancora sulla competenza regionale a disciplinare le distanze tra costruzioni. Se rispetta la normativa nazionale, la Regione può prevedere interventi in deroga alle disposizioni degli strumenti urbanistici comunali*, in *Giur. cost.*, 2020, 1336 ss.

¹⁶ Anche la giurisprudenza amministrativa, come si vedrà meglio più avanti (v. *infra*, soprattutto *sub* parr. 2. e 3.), tiene attentamente in considerazione questa variabile. In termini generali v., per esempio: T.A.R. Lazio, Roma, II, 7 aprile 2021, n. 4118; T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 7 febbraio 2019, n. 259; T.A.R. Toscana, Firenze, III, 17 novembre 2018, n. 1553; T.A.R. Campania, Napoli, IV, 28 marzo 2018, n. 1981.

dominante nella disciplina regionale, dunque, si considerano centri storici gli agglomerati che conservano, nell'impianto urbanistico e nella conformazione strutturale, le tracce di una genesi remota nel tempo e di autonome funzioni economiche, sociali, politiche e culturali¹⁷.

Nel quadro di incertezza ora tratteggiato, la dottrina¹⁸ si è impegnata nel tentativo di delineare le caratteristiche del centro storico, in modo da predisporre un quadro concettuale di riferimento auspicabilmente omogeneo. Si è proposto, pertanto, di configurarlo come bene culturale complesso atipico¹⁹, con l'evidente intento di incentivare l'emanazione di norme incentrate sulla necessità di

¹⁷ Per l'analisi, anche in chiave evolutiva, degli orientamenti seguiti dai legislatori regionali, sia consentito rinviare ad A. SIMONATI, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, in AA.VV. *Governo del territorio e patrimonio culturale. Atti del XIX Convegno nazionale A.I.D.U., Bari – Matera, 30 settembre – 1 ottobre 2016*, Milano, 2017, 251 ss., ove si è anche segnalato (con ampi riferimenti, cui si rinvia) che non mancano casi (oggi, peraltro, ampiamente recessivi) in cui i legislatori regionali hanno accolto – in particolare, nelle disposizioni relative ad ambiti e finalità settoriali – una nozione di “centro storico” di matrice prevalentemente normativa, fondata sull'appartenenza alla “zona A” del territorio comunale in base alla pianificazione urbanistico-territoriale vigente. Cfr., però, le considerazioni espresse *infra, sub. par. 2.*, a proposito dell'orientamento, piuttosto significativo nella giurisprudenza amministrativa, che tuttora valorizza proprio tale elemento “positivistico”. Va detto, poi, che ai legislatori regionali non sfugge il rischio di desertificazione dei centri storici: in proposito, sia consentito richiamare nuovamente A. SIMONATI, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti cit.*, 251 ss.; inoltre, v. A. SAU, *La rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento per il rilancio delle aree interne*, in *federalismi.it*, 2018, 3, 20 pp., ed EADEM, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Le Regioni*, 2016, 955 ss., nonché M. DEODATI, *Nuova legge per i piccoli comuni: sostegno economico, valorizzazione delle risorse locali e riqualificazione dei centri storici*, in *Comuni d'Italia*, 2017, 11-12, 35 ss.

¹⁸ Su questo tema, in prospettiva generale, in dottrina v., per esempio, C. VIDETTA, *I centri storici al crocevia tra disciplina dei beni culturali, disciplina del paesaggio e urbanistica: profili critici*, in *Aedon*, 2012, n. 3, <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2012/3/videtta.btm>, nonché EADEM, *I “centri storici” nella riforma del Codice dei beni culturali*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, f. 1, 47 ss. V. anche F.G. SCOCA, D. D'ORSOGNA, *Centri storici, problema irrisolto*, in *La tutela dei centri storici: discipline giuridiche cit.*, a cura di G. CAIA, G. GHETTI, in particolare 45 ss.

¹⁹ Cautamente in questa prospettiva, v., per esempio, v. M. SANAPO, *I centri storici come beni culturali: un percorso difficile*, in *Aedon*, 2001, n. 2, <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2001/2/sanapo.btm>, e P. CARPENTIERI, *Il territorio tra tutela e trasformazione. Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica cit.*, 1 ss., ove l'autore dichiara di accogliere una nozione «empirica» di “centro storico”; sono interessanti anche i numerosi riferimenti dottrinali ivi indicati, da cui emerge la vivacità del dibattito sul punto, non solo in ambito giuridico. V. anche, per esempio, S. FANTINI, *Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale*, in *Aedon*, 2015, n. 2, <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2015/2/fantini.btm>. Si inserisce nel medesimo contesto, poi, la riflessione dottrinale sulla categoria dei cosiddetti “beni culturali urbanistici”. In proposito, v. in dottrina soprattutto F. SALVIA, *Spunti di riflessione per una teoria dei beni culturali urbanistici*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 129 ss., nonché IDEM, *La tutela trasversale dei beni culturali. I beni culturali urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2003, 274 ss.; inoltre, v. A. CROSETTI, *Governo del territorio e tutela del patrimonio culturale: un difficile percorso di integrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 81 ss.

proteggerne la consistenza unitaria, evitando l'eccessiva frammentazione della regolazione degli immobili singoli ivi collocati.

In questo intricato contesto, è interessante verificare quale sia il contributo proveniente dal diritto "vivente". Può essere utile, pertanto, volgere l'attenzione alle posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa sui centri storici.

2. La concezione "positivistica": il centro storico quale area delimitata dalla "zona A" indicata nel piano regolatore generale

Una delle tendenze emerse nella giurisprudenza amministrativa²⁰, allorché si è prospettata l'esigenza di trovare una collocazione sistematica adeguata alla disciplina dei centri storici, si è concretizzata nella valorizzazione della normativa relativa al governo del territorio²¹. Precisamente, è piuttosto condivisa l'opinione in base alla quale, in linea di principio, il centro storico corrisponde alla "zona A" individuata nella pianificazione comunale²².

²⁰ In prospettiva in parte diversa, ai fini della corretta determinazione delle conseguenze derivanti dalla realizzazione di interventi edilizi abusivi, in alcune sentenze amministrative si richiama con estrema attenzione la distinzione normativa fra beni vincolati e immobili non vincolati ma comunque ubicati nella "zona A" del territorio comunale. V., per esempio, T.A.R. Lazio, Roma, II, 4 novembre 2019, n. 12612, ove si sottolinea che l'art. 33, d. lgs. n. 42/2204 prevede (al c. 3) l'irrogazione cumulativa della sanzione demolitoria e di quella pecuniaria solo per gli illeciti commessi sui beni vincolati, mentre per quelli commessi sui beni siti in centro storico ma non direttamente sottoposti a vincolo (di cui al c. 4) permane l'alternativa fra le due tipologie di sanzioni e la decisione va assunta previo parere della competente Soprintendenza.

²¹ Valorizza la distinzione fra gli edifici situati in centro storico e quelli che si trovano al di fuori di tale zona anche l'orientamento, diffuso soprattutto nella giurisprudenza della Corte di cassazione, relativo alla rilevanza penale della mutazione della destinazione d'uso degli immobili. Costantemente si stabilisce, in proposito, che l'ubicazione di questi comporta un rigore valutativo diversificato, poiché nel contesto spaziale del centro storico della città il passaggio assume importanza quando avvenga sia tra categorie funzionalmente autonome sul piano urbanistico, sia nell'ambito della medesima categoria. Per esempio, v. in questi termini: C. cass. pen., III, 3 luglio 2019, n. 36689; Eadem, III, 8 novembre 2018, n. 6366; Eadem, III, 9 luglio 2018, n. 30919; Eadem, III, 26 giugno 2018, n. 40678; Eadem, III, 13 gennaio 2017, n. 34812; Eadem, III, 15 novembre 2016, n. 1165 (su cui v. D. GALASSO, *Permesso di costruire: se aumenta la volumetria è necessario*, in *Dir. Giust.*, 2017, 9, 15); Eadem, III, 5 aprile 2016, n. 26455; Eadem, III, 17 luglio 2014, n. 31465. V. anche, nella giurisprudenza amministrativa: T.A.R. Campania, Napoli, IV, 1° dicembre 2014, n. 6195, e Idem, Napoli, VII, 22 febbraio 2012, n. 885, nonché T.A.R. Molise, Campobasso, I, 8 novembre 2013 n. 645.

²² In questi termini è molto chiara, per esempio, T.A.R. Lazio, Roma, II, 2 gennaio 2009, n. 1, ove si afferma che il perimetro del centro storico urbano è quello individuato dallo strumento urbanistico generale. La concezione "positivistica" del centro storico trova conferma, ovviamente, anche nelle sentenze in cui si richiedono il rilascio del permesso edilizio o la s.c.i.a. per lo svolgimento di interventi che comportano il mutamento della destinazione d'uso di immobili siti nella "zona A" del Comune: v. così, per esempio, T.A.R. Lazio, Roma, II, 12 giugno 2018, n. 6566. V.,

In primo luogo, dunque, la giurisprudenza amministrativa ha ricondotto la tutela dei centri storici al potere pianificatorio degli enti locali²³, il quale viene

poi, Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2014, n. 590, ove espressamente si afferma che inequivocabilmente il concetto di “centro storico” richiamato nell’art. 3, c. 13, d.l. 25 settembre 2001, n. 351 – convertito dalla l. 23 novembre 2001, n. 410 e poi ulteriormente modificato – fa riferimento alla perimetrazione ricavabile dal Piano regolatore generale comunale. Analogamente, T.A.R. Piemonte, Torino, II, 2 luglio 2008, n. 1444, a fronte di una delibera di Giunta regionale che vieta l’installazione di impianti elettrici nei centri storici (indicati all’uopo come “zona di vincolo”), ritiene che tali aree debbano essere individuate così come perimetrare nei piani regolatori generali; pertanto, sono illegittimi i regolamenti comunali che estendano la restrizione ad aree esterne alla “zona A” del territorio.

²³ Per esempio, v. T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 5 ottobre 2020, n. 683, ove si precisa che il potere di pianificazione urbanistica e quello correlato alla tutela paesaggistica del territorio, che competono ad autorità distinte, devono coordinarsi e trovare un ragionevole contemperamento. V. anche, in proposito, T.A.R. Campania, Napoli, IV, 11 dicembre 2017, n. 5822, nonché Cons. St., 14 novembre 2019, n. 7839. Non a caso, la Corte costituzionale ritiene che le leggi regionali contenenti la disciplina dei procedimenti edilizi debbano necessariamente essere interpretate in modo tale da assicurare la vigilanza delle competenti Soprintendenze, in vista della realizzazione da parte dei privati degli interventi edilizi suscettibili di incidere sul tessuto del centro storico degli agglomerati urbani, complessivamente considerato: v. C. cost., 26 giugno 2020, n. 130. La giurisprudenza amministrativa sottolinea in proposito, poi, che la scelta delle modalità di tutela del centro storico operate dall’ente locale in sede pianificatoria rientrano nel merito del potere discrezionale e sono dunque sottratte, salvi i casi di irragionevolezza, al sindacato del giudice: v. così, per esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 12 marzo 2020, n. 477, nonché T.A.R. Puglia, Lecce, I, 21 giugno 2013, n. 1457, T.A.R. Toscana, Firenze, II, 22 aprile 2013, n. 670, T.A.R. Veneto, III, 18 giugno 2009 n. 183, T.A.R. Umbria, Perugia, I, 10 novembre 2008, n. 710, Cons. St., V, 6 luglio 2010 n. 4319, e Cons. St., V, 19 agosto 1995, n. 1188. Analogamente, con esplicito riferimento ai casi di manifesta violazione del principio di proporzionalità, v. Cons. St., V, 23 dicembre 2016, n. 5443, ove si è ritenuta legittima la scelta di vietare il transito degli autobus nel centro storico di un agglomerato, nel quadro di un più ampio progetto di pedonalizzazione, con la previsione di rilasciare specifiche concessioni onde non impedire del tutto lo svolgimento delle attività imprenditoriali nell’area; in relazione ai problemi connessi alla viabilità pubblica in centro storico, v. anche Cons. St., IV, 17 settembre 2013, n. 4635, e Idem, V, 3 febbraio 2009, n. 596. Il medesimo orientamento si è applicato alle ordinanze sindacali restrittive della circolazione di determinati veicoli nelle aree di pregio del centro storico cittadino: v. Cons. St., V, 13 novembre 2015, n. 5191, con nota di S. MANZELLI, *Centro storico vietato ai fuoristrada se lo dice il sindaco*, in *Dir. Giust.*, 2015, 41, 32; v. anche Cons. St., V, 23 maggio 2011, n. 3073, ove si è riconosciuto il potere comunale di consentire ai residenti in centro storico la circolazione nell’area con una sola autovettura, ma *contra* cfr. T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 agosto 2007, n. 7703. Sostanzialmente simile, *mutatis mutandis*, è anche l’orientamento relativo alle scelte di natura regolatoria operate dagli enti locali con riferimento al possibile divieto di occupazione (temporanea o permanente) di suolo pubblico in centro storico da parte di alcune categorie di operatori: v. Cons. St., V, 13 settembre 2016, n. 3857. Cfr., comunque, T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 15 dicembre 2010, n. 14299, ove si ritiene eccessivamente lesivo del diritto di circolazione il divieto di accedere al centro storico imposto ai titolari di garage e alle persone con disabilità. Sulla praticabilità delle politiche di pedonalizzazione dei centri storici da parte dei Comuni, v. anche T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 21 agosto 2015, n. 1101, e T.A.R. Calabria, Catanzaro, II, 11 febbraio 2011, n. 211, ove si afferma che è fisiologico che sia destinata ad isola pedonale una

attentamente delimitato nella sua ampiezza, alla luce della peculiarità delle caratteristiche dell'ambito a cui si riferisce. Per esempio, è degno di nota che, nella percezione dei giudici amministrativi, sia ragionevole la previsione di specifiche finiture architettoniche degli edifici siti in centro storico, che devono risultare armoniosi con il contesto in cui si trovano²⁴. Si precisa, inoltre, che è essenziale il coinvolgimento in sede procedimentale della Soprintendenza, senza il parere favorevole della quale è preclusa qualsiasi trasformazione dei beni²⁵. Del resto, la mera ubicazione in centro storico dell'immobile non è suscettibile di modificare essenzialmente la qualificazione o il regime giuridico del titolo edilizio richiesto per l'intervento effettuato²⁶. Inoltre, la collocazione geografica in area di pregio non esonera l'amministrazione dal rispetto dell'onere motivazionale, che comunque grava in suo capo, allorché intenda limitare l'esercizio dello *jus aedificandi* dei privati²⁷.

Peraltro, in alcune sentenze sembra emergere non solo il pacifico riconoscimento di un potere, ma addirittura il tentativo di attribuire agli enti locali il compito di contribuire in parte, nell'esercizio delle loro funzioni in campo urbanistico, alla configurazione delle caratteristiche sostanziali, che rappresentano i requisiti irrinunciabili in vista della definizione della nozione di "centro storico". Per così dire "in negativo", infatti, si stabilisce che, qualora l'amministrazione locale ritenga di non disporre l'esistenza di un centro storico entro i confini del

parte del centro storico che si presta particolarmente al passeggio e che costituisce una delle zone più interessanti della città dal punto di vista estetico ed architettonico. Sulla legittimità della scelta operata dal Comune, al fine di evitare il congestionamento del centro storico, di istituire aree di parcheggio a pagamento, pur in mancanza di posteggi disponibili a titolo gratuito, v., per esempio, Cons. St., V, 6 maggio, 2015, n. 2255; cfr., però, in senso parzialmente difforme, T.A.R. Campania, Napoli, I, 10 ottobre 2014, n. 5296.

²⁴ In questi termini v., per esempio, Cons. St., VI, 20 novembre 2013, n. 5498, in cui si riconosce la legittimità del piano di recupero del centro storico di Bolzano, anche nella parte in cui prescrive che siano rispettati determinati parametri ornamentali delle coperture degli edifici, al fine di tutelare il "paesaggio dei tetti".

²⁵ V. così, per esempio, T.A.R. Umbria, Perugia, I, 21 aprile 2015, n. 190, con nota di V. SANTARSIERE, *Demolizione di manufatti semi rovinati e ricostruzione in zona di interesse pubblico, paesaggistico, archeologico. Parere del soprintendente*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 785 ss.

²⁶ Per esempio, v. in questi termini C. cost., 13 gennaio 2021, n. 2, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità relativa alla disposizione della l.r. Toscana 22 novembre 2019, n. 69 (per altri aspetti censurata), che richiedeva non la s.c.i.a. ordinaria ma la cosiddetta "super s.c.i.a." per gli interventi di recupero di parti degli edifici collocati in centro storico.

²⁷ Sul punto, è interessante, in particolare, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 2 luglio 2014, n. 1718, ove si è stabilito che il diniego di autorizzazione di lavori di ampliamento di un edificio sito in centro storico non potesse legittimamente essere motivato con esclusivo riferimento alle rilevanti dimensioni volumetriche dell'intervento e al conseguente significativo impatto sulla fisionomia del centro storico, senza indicare quale disposizione risultasse violata nel caso di specie. Analogamente, v. T.A.R. Lazio, Roma, II, 13 marzo 2013, n. 2642; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 7 giugno 2011, n. 1405, T.A.R. Campania, Napoli, III, 19 novembre 2007, n. 14087.

Comune di riferimento, deve evidenziare le ragioni di tale scelta²⁸. “In positivo”, poi, in qualche occasione la giurisprudenza ha anche avuto modo di sottolineare che intrinsecamente l’individuazione, nell’ambito del territorio comunale, del centro storico ha la funzione precipua di indicare la porzione dell’agglomerato che risulta oggettivamente portatrice di valori identitari di natura storico-artistica e/o ambientale²⁹. Ne deriva che, in carenza di questi presupposti, la delimitazione formale della “zona omogenea A” deve ritenersi illegittima³⁰.

3. *Ubicazione in centro storico e pregio culturale dei singoli immobili, fra automatismi e complessità valutativa*

In passato (e fino ad epoca piuttosto recente), nella giurisprudenza amministrativa si ravvisava qualche indicazione nel senso della massima valorizzazione delle distinte competenze delle autorità coinvolte nella gestione del territorio. Se ne desumeva che la valenza culturale di un immobile, collocato in zona definita nella pianificazione territoriale come di pregio storico-artistico o archeologico, non potesse essere data per scontata, poiché l’estensore degli strumenti urbanistici non è portatore delle conoscenze richieste per certificare il rilievo culturale dei singoli beni. Si riteneva, pertanto, che questo requisito dovesse necessariamente essere verificato mediante la produzione di provvedimenti a tal fine direttamente mirati³¹.

²⁸ In questi termini v., per esempio, T.A.R. Veneto, 19 dicembre 1984, n. 854.

²⁹ È necessario evidenziare, però, che l’obiettivo della delimitazione del centro storico, che si fa coincidere con la “zona A” individuata nella pianificazione urbanistica regionale, è talora direttamente correlato non con la necessità di salvaguardare il patrimonio storico-artistico della Nazione, bensì con la finalità di agevolare l’applicazione, nel territorio di riferimento, di specifiche disposizioni di matrice statale (estranee sia al campo della salvaguardia del patrimonio culturale, sia al governo del territorio), che a quell’area puntualmente si rivolgono. Prevedibilmente, ciò emerge non tanto nelle sentenze del giudice amministrativo, quanto in quelle del giudice civile. V., per esempio, C. Cass. civ., sez. lav., 14 maggio 2015, n. 9892, ove, in vista dell’erogazione di contributi pubblici alle imprese operanti nel centro storico di Chioggia, si è precisato che questa locuzione va ricondotta alla “zona A” individuata nel p.r.g. Analogamente, v. C. Cass. civ., 21 agosto 2004, n. 16524, e C. Cass. civ., 13 febbraio 2007, n. 3092.

³⁰ V. così, v., per esempio, T.A.R. Sicilia, Catania, I, 30 gennaio 2007, n. 179. V. anche Cons. St., IV, 22 giugno 2000, n. 3557, ove – affermando che nei centri storici dei Comuni sprovvisti di piano regolatore sono vietate le ristrutturazioni edilizie “pesanti”, a meno che l’agglomerato sia attualmente privo di pregio storico-artistico – si è implicitamente riconosciuto che la porzione del tessuto urbano originariamente configurabile come centro storico possa in un momento successivo perdere la sua valenza identitaria.

³¹ V. così, per esempio, T.A.R. Puglia, Bari, II, 23 maggio 2011, n. 754. In senso sostanzialmente compatibile, v. C. Cass. pen., III, 15 luglio 2011, n. 30551. Nella giurisprudenza amministrativa più risalente, poi, v., per esempio, T.A.R. Sicilia, Catania, 18 maggio 1995, n. 1342, ove si è esclusa la legittimità del diniego di autorizzazione alla realizzazione di parcheggi sotterranei in

Con il passare del tempo e l'intensificarsi della sensibilità per il valore della salvaguardia del patrimonio culturale come espressione dell'identità dei luoghi e delle popolazioni che li abitano³², la prospettiva argomentativa assunta dai giudici amministrativi – pur continuando a valorizzare l'apporto di tutte le autorità portatrici di distinte competenze – ha via via assunto connotati di più ampio respiro³³.

In alcune sentenze relative al regime giuridico degli edifici di pregio (in particolare, di appartenenza pubblica)³⁴, dunque, si è affermato che tale qualificazione deve essere riconosciuta *ex lege* quale conseguenza automatica e immediata dell'u-

ragione esclusivamente della localizzazione dell'area interessata nel centro storico, senza una puntuale valutazione della compatibilità dell'opera con le esigenze di salvaguardia del contesto ambientale ed architettonico. La questione della ripartizione delle competenze in ambito paesaggistico è stata affrontata a suo tempo da M. IMMORDINO, "Primarietà" ed "essenzialità" del valore paesaggistico e conseguente assetto delle competenze Stato – regioni, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 23 ss. e in EADEM, *La tutela del paesaggio tra riparto di competenze e principio di collaborazione*, in *Foro it.*, 1986, I, 1790 ss.

³² A questo proposito, è interessante ricordare come C. Cass. civ., III, 15 aprile 1998, n. 3807, a fronte di eventi calamitosi di tale gravità da comportare la sostanziale distruzione di interi centri storici, abbia riconosciuto, ai fini del risarcimento del danno occorso, la lesione di un diritto costituzionale dell'ente comunale all'identità storica, culturale, politica ed economica, protetta nell'art. 114 Cost. V. sul punto la nota di I. CACCIAVILLANI, *Diritti sociali e risarcimento della relativa lesione*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 231 ss.; cfr. anche le note di M.P. SUPPA, *Disastro del Vajont: inapplicabilità della "compensatio lucri cum damno" e via libera alla risarcibilità dei danni morali dell'ente esponenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2270 ss., e di G.F. BASINI, *La Cassazione ribadisce la configurabilità di danni non patrimoniali anche in capo alle persone giuridiche*, in *Resp. civ. previdenza*; v. infine, per completezza sul punto, B. ZANARDI, *Terremoto e centri storici*, in *Aedon*, 2013, 2, 4.

³³ In tale prospettiva, è a suo modo paradigmatica la sentenza con cui il giudice amministrativo ha asserito che, data la sua globale intrinseca vulnerabilità, la salvaguardia del centro storico richiede una specifica e attenta valutazione da parte del Comune anche sul fronte del contrasto all'inquinamento acustico: v. Cons. St., VI, 5 giugno 2015, n. 2784.

³⁴ Un orientamento analogo a quello seguito dai giudici amministrativi contraddistingue anche la Corte costituzionale. La Consulta, infatti, da tempo avalla – se pur spesso implicitamente, concentrandosi su diversi profili della normativa sottoposta al vaglio di legittimità – le disposizioni che prevedono un regime particolare per gli immobili di pregio storico-artistico allorché essi siano collocati in centro storico. Per esempio, v. Corte cost., 15 febbraio 1980, n. 13 (su cui cfr. quanto meno G. ALPA, *Proprietà edilizia e misura di indennità di espropriazione. In margine alle pronunce nn. 5 e 13 del 1980 della Corte cost.*, in *Impresa, ambiente e P.A.*, 1980, 287 ss., nonché A. BALDASSARRE, *Espansione e autolimitazione dei poteri della Corte costituzionale*, in *Dem. dir.*, 1980, 338 ss., P. BONACCORSI, *La indennità di esproprio e i "vincoli urbanistici" nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. agr. it.*, 1980, I, 327 ss., G. GARRA, *La cosiddetta sanatoria edilizia nella recente legislazione siciliana*, in *F. amm.*, 1980, I, II, 1571 ss., S. MANGIAMELLI, *Irretroattività e legge regionale: una soluzione non convincente*, in *Giur. cost.*, 1980, 107 ss., e F. TERESI, *La legislazione urbanistica siciliana al vaglio dei giudici costituzionali*, in *Le Regioni*, 1980, 687 ss.), ove si è rigetta la questione di legittimità con riferimento all'art. 53, l.r. Sicilia approvata il 15 dicembre 1978, che prevedeva l'esproprio immediato, non preceduto dall'invio al proprietario della diffida a procedere con il restauro, degli edifici di pregio culturale già degradati siti in centro storico.

bicazione dell'immobile (in aree vincolate, oppure) nei centri storici urbani³⁵, con l'unica eccezione della condizione di degrado del bene³⁶. Di conseguenza, la Soprintendenza è tenuta ad esprimere il parere di sua competenza per l'autorizzazione degli interventi edilizi di significativa rilevanza sugli immobili siti in centro storico, ancorché essi non siano individualmente sottoposti a vincolo di interesse culturale³⁷.

Il medesimo approccio è applicato in vista dell'estensione della disciplina del vincolo indiretto³⁸. Emerge, in proposito, la nozione – talora utilizzata nella

³⁵ Con riferimento alla dismissione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici, in questi termini v., per esempio: Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2014, n. 590; Idem, VI, 10 settembre 2008, n. 4325; Idem, VI, 23 luglio 2008, n. 3648; Idem VI, 6 maggio 2008, n. 2012; Idem, VI, 7 agosto 2008 n. 3899; Idem, VI, 9 maggio 2006, n. 2560; Idem, VI, 26 ottobre 2005, n. 5960; Idem, VI, 4 giugno 2004, n. 2595; Idem, VI, 27 aprile 2004, n. 1964; Idem, VI, 27 aprile 2004 n. 1945; Idem, VI, 27 aprile 2004 n. 1966; Idem, VI, 7 ottobre 2003, n. 4420; Idem, III, 8 giugno 2004, n. 7463; Idem, III, 6 aprile 2004, n. 3049; T.A.R. Lazio, Roma, II, 11 settembre 2009, n. 8608, e Idem, Roma, II, 6 febbraio 2009, n. 1267.

³⁶ V. Cons. Stato, VI, 6 maggio 2008, n. 2012, ove emerge, per quanto concerne la condizione di degrado dell'immobile sito in centro storico, suscettibile di sottrarlo al vincolo *ex lege*, la tendenza a riconoscerla con parsimonia, adottando un orientamento interpretativo relativistico e restrittivo. V. anche Cons. St., VI, 9 febbraio 2011, n. 884. È assai illuminante, poi, T.A.R. Lazio, Roma, II, 1 febbraio 2010, n. 1257, ove si precisa – in primo luogo – che non basta per individuare lo stato di degrado la circostanza che un edificio necessiti di lavori di manutenzione ordinaria o straordinaria e – in secondo luogo – che le condizioni dell'immobile vanno valutate tenendo conto delle sue peculiarità in termini di vetustà, intrinsecamente connesse proprio alla collocazione in centro storico quale area del tessuto cittadino intrinsecamente pregiata. Precisa ulteriormente Cons. St., III, 6 dicembre 2019, n. 8348, che, se così non fosse, ne deriverebbe la possibilità di mettere in dubbio il pregio culturale di molti degli immobili siti nei centri storici degli agglomerati, che, data proprio la vetustà che li contraddistingue, necessitano di interventi strutturali per la loro conservazione; cfr. sul punto Cons. St., VI, 10 settembre 2008, n. 4320. Infine, v.: T.A.R. Lazio, Roma, II, 27 ottobre 2017, n. 10781; Cons. St., VI, 7 febbraio 2014, n. 590; Idem, VI, 4 marzo 2013, n. 1261; Idem, VI, 31 luglio 2009, n. 4840; Idem, VI, 30 settembre 2008, n. 4694; Idem, VI, 29 maggio 2008, n. 2553. Per una fattispecie in cui la documentata situazione di degrado dell'immobile è stata ritenuta tale da impedire il riconoscimento di pregio storico-artistico, nonostante il bene fosse ubicato in centro storico, v. Cons. St., IV, 15 settembre 2010, n. 6869.

³⁷ In questi termini v., per esempio, T.A.R. Campania, Napoli, VII, 18 maggio 2020, n. 1825. Compatibilmente, v. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 23 maggio 2017, n. 233. Sulla necessità della previa autorizzazione per gli interventi edilizi in centro storico, in relazione all'accertamento di eventuali abusi *ex art. 33, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*, v. anche nella giurisprudenza recente, per esempio: T.A.R. Lazio, Roma, II, 7 aprile 2021, n. 4118; T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 7 febbraio 2019, n. 259; T.A.R. Toscana, Firenze, III, 17 novembre 2018, n. 1553; T.A.R. Campania, Napoli, IV, 28 marzo 2018, n. 1981, e Idem, Napoli, IV, 2 febbraio 2017, n. 687; Cons. St., II, 3 dicembre 2019, n. 8268; Idem, II, 5 agosto 2019, n. 5518. V. anche T.A.R. Lazio, Roma, II *bis*, 11 aprile 2017, n. 4451, Idem, II *bis*, 11 aprile 2017, n. 4448, Idem, II *bis*, 26 giugno 2018, n. 7151, Idem, II *bis*, 8 maggio 2018, n. 5071, Idem, II *bis*, 21 febbraio 2018, n. 2009.

³⁸ In questi termini, per esempio, T.A.R. Lazio, Roma, II, 22 settembre 2020, n. 9688, ove si è ritenuto legittimo il divieto opposto dalla Soprintendenza all'installazione di una canna fumaria

giurisprudenza amministrativa recente³⁹ – di *skyline* urbano, che va ad integrare la concezione strettamente materiale del centro storico.

Non solo: la collocazione dell'immobile in centro storico – cioè in un contesto di particolare pregio – a volte è stata ritenuta sufficiente a fondare l'applicazione del regime speciale previsto per i “negozi storici”, pur in assenza di alcuni dei requisiti formali richiesti all'uopo dalla normativa vigente⁴⁰. Ciò si giustifica alla luce della *ratio* complessiva delle disposizioni poste a salvaguardia della valenza identitaria del centro storico, come rimedio (almeno, in via tendenziale) al rischio di impoverimento culturale nel contesto sociale di riferimento.

Va chiarito, tuttavia, che la giurisprudenza tende ad abbandonare l'orientamento estensivo e flessibile a cui si è fatto cenno, per mantenere un atteggiamento di maggiore rigore, allorché la tutela del centro storico come testimonianza avente valore di civiltà richiede l'armonizzazione con altri interessi pubblici di fondamentale rilievo. In questi casi, l'esigenza di assicurare la convivenza fra valori primari di pari rango conduce, dunque, ad escludere l'operatività di qualsiasi automatismo, derivante dalla sola ubicazione dell'immobile in centro storico, e impone la ponderazione di tutte le variabili potenzialmente rilevanti. Ciò si verifica, per esempio, allorché sia prevista nel caso di specie l'adesione alla disciplina antisismica. Si è ritenuto, infatti, che, benché questa possa subire delle eccezioni in ragione del mantenimento della fisionomia originaria del tessuto urbano più antico degli agglomerati, l'applicabilità della deroga non può essere automaticamente desunta in via interpretativa per la sola collocazione geografica del bene interessato, ma deve essere oggetto di specifica valutazione da parte dell'amministrazione, che tenga conto delle caratteristiche della singola fattispecie⁴¹.

su un edificio non gravato da vincoli di interesse culturale ma situato nel centro storico di Roma, poiché il manufatto, data la sua altezza, era suscettibile di impattare negativamente sulla visuale panoramica della città storica, patrimonio dell'U.N.E.S.C.O.

³⁹ In particolare, v. sul punto, per esempio, T.A.R. Toscana, III, 30 gennaio 2018, n. 154, ove si asserisce che lo *skyline* urbano corrisponde al «profilo che una sequenza di edifici disegna sullo sfondo del cielo»; pertanto, esso è protetto come bellezza panoramica *ex art.* 136, c. 1, lett. *d*), d. lgs. n. 42/2004. Analogamente v., per esempio, Cons. St. VI, 11 luglio 2016, n. 3037.

⁴⁰ Per esempio, secondo T.A.R. Lazio, Roma, II, 10 marzo 2017, n. 3386, ai fini del riconoscimento dello *status* di “negozio storico”, in assenza del prescritto requisito della durata almeno centennale dell'attività svolta, può essere sufficiente che l'amministrazione riscontri comunque una significativa risalenza e il radicamento nel contesto.

⁴¹ Per esempio, v., in questi termini, Cons. St., IV, 12 giugno 2009, n. 3706. In senso parzialmente incompatibile, cfr., però, Cons. St., IV, 19 giugno 2006, n. 3614, ove si è stabilito che, in linea di principio, la distanza minima di 10 metri tra pareti finestrate antistanti (prevista dall'art. 9, d.m. 2 aprile 1968, n. 1444) non è applicabile agli interventi che ricadono nella “zona A” degli agglomerati urbani. Analogamente, v. C. Cass. civ., II, 3 febbraio 1999, n. 879.

4. *Segue. I rischi dell'eccessiva differenziazione del centro storico rispetto alle altre parti del tessuto urbano*

La concezione per cui il valore culturale può derivare – anche a prescindere dall'apposizione di un vincolo “individuale” – dalla mera collocazione del bene entro i confini del centro storico è in parte presente in alcune sentenze amministrative recenti, ove si ravvisa il tentativo di operare una mediazione fra le diverse tensioni che contraddistinguono lo sviluppo delle aree urbane di pregio.

Con particolare riferimento ai centri storici rientranti nelle liste stilate dall'U.N.E.S.C.O., in primo luogo, si è affermato che, in base al principio di ragionevolezza, la disciplina urbanistica ben può impedire gli interventi di trasformazione, tali da incidere negativamente sul pregio complessivo dell'agglomerato, anche in aree non direttamente sottoposte a vincolo culturale (o paesaggistico). Al contempo, però, si chiarisce che proprio il parametro della ragionevolezza vieta di conformare in maniera troppo rigida l'ampiezza del potere discrezionale, esercitabile dall'ente locale in sede di pianificazione territoriale. Pertanto, precludere radicalmente in quelle zone lo svolgimento di qualsiasi intervento non strettamente conservativo (cioè non pacificamente riconducibile ai concetti di manutenzione o risanamento) determinerebbe l'eccessiva cristallizzazione della fisionomia della città e produrrebbe quell'effetto di “museificazione” dei centri storici⁴² che viene indicato come una possibile deriva su cui vigilare attentamente.

Inoltre, la giurisprudenza condivide con la dottrina l'intento di evitare la carenza di adeguamento infrastrutturale dei centri storici, che, a fronte di una

⁴² Per esempio, in giurisprudenza, esattamente nei termini richiamati nel testo, v. T.A.R. Toscana, Firenze, I, 12 dicembre 2019, n. 1694, ove si parla espressamente del rischio di “monumentalizzazione” di ogni dettaglio del patrimonio edilizio sito in centro storico. Per l'esclusione di qualsiasi automatismo fra il riconoscimento del centro storico come patrimonio culturale mondiale e l'apposizione di vincolo paesaggistico, v., per esempio, T.A.R. Campania, Napoli, IV, 25 ottobre 2016, n. 4920, e Idem, Napoli, IV, 30 gennaio 2017, n. 917, con nota di M. TIMO, *Il riconoscimento del centro storico di Napoli come patrimonio culturale mondiale non produce vincolo paesaggistico automatico (nota a Corte costituzionale, sentenza n. 22/2016, e TAR Campania, Sez. IV, sentenze nn. 4920/2016 e 617/2017)*, nonché Idem, Napoli, IV, 25 ottobre 2016, n. 4920, e Idem, Napoli, IV, 30 gennaio 2017, n. 917. Cfr., tuttavia, T.A.R. Lazio, Roma, II, 29 ottobre 2015, n. 12247, in cui si è specificamente considerata la decisione di costituire nuove zone a traffico limitato nel centro storico di Roma e si è affermato che la valutazione del rischio di “museificazione” del centro storico – suscettibile di intensificarsi a fronte di una gestione degli spazi essenzialmente protezionistica “in negativo” – rientra nell'ambito delle scelte di merito riservate all'amministrazione. Va detto, peraltro, che in epoca più risalente i giudici amministrativi non hanno dimostrato analoga sensibilità. In qualche occasione, infatti, si è sottolineato che la valenza storico-artistica del centro storico risulta talmente caratterizzante la sua natura da renderla incompatibile con la qualificazione in termini di zona residenziale; pertanto, nelle “zone A” del territorio comunale la destinazione ad edilizia residenziale, pur non risultando radicalmente incompatibile, «assume i caratteri della sussidiarietà, dell'eventualità e della complementarietà»: v. così, per esempio, T.A.R. Molise, 10 maggio 1999, n. 385.

gestione poco oculata e improntata al mero mantenimento della loro fisionomia originaria, potrebbe condurre all'aggravamento della condizione di degrado complessivo, a cui le aree più antiche degli agglomerati sono intrinsecamente esposte. Pertanto, si ritiene che il divieto di collocare impianti di ammodernamento in centro storico sia legittimamente riconducibile all'esercizio del potere pianificatorio o regolamentare degli enti locali, purché ciò non comporti l'esclusione totale dall'utilizzo della dotazione delle attrezzature funzionanti nelle altre zone del tessuto urbano⁴³.

Sul fronte diametralmente opposto, la giurisprudenza amministrativa manifesta occasionalmente anche una certa sensibilità per i rischi di desertificazione⁴⁴ e "terziarizzazione" del centro storico, che si concretizzerebbero qualora le esigenze di incentivazione della collocazione nell'area di strutture a vocazione turistico-ricettiva o latamente imprenditoriale comportassero un'irragionevole e sproporzionata compressione delle istanze conservative, correlate al mantenimento – quanto meno, nei tratti essenziali – della fisionomia originaria delle città d'arte⁴⁵. D'altra parte, emerge talora in giurisprudenza come quest'ultimo

⁴³ In questi termini, con riferimento all'installazione delle stazioni radio base per la telefonia cellulare, v., per esempio, T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, 31 agosto 2020, n. 145, ove si precisa che, nonostante il regolamento comunale ben possa prevedere delle limitazioni di portata generale all'installazione degli impianti in centro storico, è necessario predisporre delle soluzioni alternative, tali da garantire la copertura del servizio sull'intero territorio. In senso sostanzialmente analogo, v. T.A.R. Sardegna, Cagliari, II, 7 luglio 2014, n. 564. Cfr., però, T.A.R. Sardegna, Cagliari, II, 18 marzo 2011, n. 232, e Idem, Cagliari, II, 18 marzo 2011, n. 231, ove si afferma, invece, che un piano paesaggistico non può vietare l'installazione di impianti di telefonia nell'intero centro storico, dovendo la restrizione essere ben delimitata alla salvaguardia di specifici beni dotati di valenza identitaria nel territorio di riferimento. Secondo T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, I, 7 dicembre 2009, n. 2861, e T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 24 giugno 2009, n. 678, poi, l'installazione di stazioni base per la telefonia cellulare è equiparabile alle opere di urbanizzazione primaria (*ex art. 86, c. 3, d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259*) e dunque la loro collocazione all'interno del centro storico cittadino non è di per sé sufficiente a determinarne l'irrealizzabilità. È interessante, poi, T.A.R. Lazio, Latina, I, 18 marzo 2010, n. 322, in cui si valorizza molto la rilevanza, a fronte di un'istanza per l'installazione di impianti radio base per telefonia cellulare in centro storico, del "preavviso di rigetto" di cui all'art. 10 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, ritenendo che un diniego giustificato soltanto con il contrasto con il piano particolareggiato vigente e con l'impatto antiestetico dell'opera nell'area non sia percorribile, poiché è necessario cercare con i privati interessati soluzioni meno invasive per la realizzazione del manufatto.

⁴⁴ Nella giurisprudenza amministrativa, l'attenzione per il contrasto alla desertificazione dei centri storici emerge sporadicamente. Per esempio, v. T.A.R. Sardegna, 24 agosto 1993, n. 1056, ove peraltro si è ritenuto che, in sede di pianificazione urbanistica, il Comune di Cagliari potesse vietare la trasformazione della destinazione d'uso abitativo degli immobili non in tutto il centro storico, ma solo degli edifici collocati nel nucleo più antico della città, in cui il pericolo di spopolamento (e, conseguentemente, di degrado) è oggettivo.

⁴⁵ In questi termini v., per esempio, Cons. St., II, 20 ottobre 2020, n. 6330. Valorizza l'intento del legislatore di evitare la "terziarizzazione" del centro storico anche T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 agosto 2018, n. 8827, che in tale prospettiva ha riconosciuto la piena legittimità costituzionale

obiettivo ricomprenda anche l'intento di garantire la permanenza di attività tradizionali altrimenti a rischio di estinzione⁴⁶, il che conferma l'attenzione per la valenza globalmente identitaria del centro storico. Tuttavia, la reale sussistenza di un oggettivo nesso funzionale fra la misura adottata e l'intento di evitare l'abbandono da parte dei residenti viene verificato alla luce delle variabili del caso concreto⁴⁷.

Infine, la giurisprudenza amministrativa di regola riconosce la legittimità della disciplina comunale che impone talune restrizioni alla somministrazione in centro storico di cibi e bevande o, più in generale, all'esercizio di attività commerciale. Costantemente, infatti, nelle pronunce si afferma che tali limitazioni esprimono un fondamentale valore di salvaguardia delle aree di maggiore pregio monumentale, nei confronti delle quali la tutela predisposta dall'ordinamento deve essere piena, anche in vista del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e utilità sociale⁴⁸.

dell'art. 8, l. 15 dicembre 1990, n. 396 sull'espropriazione di alcune aree del Comune di Roma. Infine, in prospettiva in parte diversa, è interessante T.A.R. Veneto, Venezia, II, 7 marzo 2018, n. 264, ove si riconosce la legittimità dell'annullamento in autotutela della modificazione della destinazione d'uso di un immobile sito in centro storico di Venezia, benché il provvedimento fosse privo di motivazione stringente, sia perché l'atto del privato risultava non veritiero (e dunque era esclusa la formazione di un legittimo affidamento in capo all'istante), sia perché l'interesse pubblico alla salvaguardia dell'assetto territoriale dell'area, perseguito nella fattispecie dal Comune, è di assoluta prevalenza in considerazione della pressione turistica e del conseguente abusivismo riscontrabili nella zona.

⁴⁶ V. così espressamente, per esempio, Cons. St., V, 20 dicembre 2012, n. 6595. V. anche T.A.R. Veneto, Venezia, III, 8 novembre 2001, n. 3468. In dottrina, v., in proposito, per esempio, P. CARPENTIERI, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 190 ss.

⁴⁷ In proposito, è interessante, per esempio, T.A.R. Sardegna, Cagliari, II, 9 marzo 2007, n. 435, in cui si è ritenuta illegittima la variante al piano regolatore generale di un Comune, che subordinava la modifica della destinazione d'uso dei soli immobili rientranti in centro storico alla predisposizione di un piano particolareggiato o di recupero dell'area. In mancanza di specifiche indicazioni da parte dell'amministrazione, infatti, si è ritenuto che non si potesse ravvisare una relazione sufficientemente forte fra questa misura – considerata dal giudice assai invasiva – e l'intento, dichiarato nella delibera, di incrementare il tessuto abitativo del centro storico.

⁴⁸ V. per esempio: T.A.R. Lazio, Roma, II, 29 maggio 2017, n. 6361; Idem, Roma, II *ter*, 3 febbraio 2015, n. 1953; Idem, Roma, II *ter*, 7 ottobre 2015, n. 11504; Idem, Roma, II *ter*, 18 dicembre 2015, n. 14271; Idem, Roma, II, 9 luglio 2013 n. 6721, Cons. St., V, 10 maggio 2010, n. 2758, e Idem, V, 22 ottobre 2015, n. 4856. Sulla possibilità di limitare lo svolgimento di attività commerciale, a tutela dell'interesse pubblico alla salvaguardia del centro storico, v., poi, per esempio: T.A.R. Lazio, Roma, II, 21 dicembre 2016, n. 12716; Idem, Roma, II, 6 maggio 2016, n. 5293; Idem, Roma, II *ter*, n. 6731; Cons. St., V, 13 marzo 2014, n. 1202; Idem, V, 10 maggio 2010, n. 2758; T.A.R. Toscana, Firenze, II, 4 febbraio 2014, n. 222, e Idem, Firenze, II, 20 gennaio 2014, n. 94; T.A.R. Veneto, III, 18 giugno 2009, n. 1838. È particolarmente interessante, in proposito, Cons. St., V, 16 aprile 2014, n. 1861, ove si è ritenuta legittima l'ordinanza comunale che disponeva la cessazione dell'attività di sala giochi in un locale del centro storico, in quanto finalizzata alla

5. *La concezione “olistica” del centro storico*

Prendendo spunto dalla qualificazione nel d. lgs. n. 42/2004 del centro storico quale bene (non culturale, ma) paesaggistico⁴⁹, la giurisprudenza amministrativa da tempo ha elaborato la nozione di “bene ambientale urbanistico”. Si afferma che i complessi di cose immobili sottoposti a tutela paesaggistica *ex lege* sono quelli «che compongono un caratteristico aspetto di valore estetico e tradizionale, quali, ad esempio, antichi castelli, villaggi, borghi, agglomerati urbani e zone di interesse archeologico e persino interi centri storici»⁵⁰. Si precisa, inoltre, che «la tutela dei “centri storici” (come anche dei minori “agglomerati storici”) prescinde dal carattere eccelso dei medesimi: più che il valore dei singoli manufatti architettonici, assume in essi rilievo la compattezza dell’insieme, e quindi: l’assetto viario preesistente, le altezze, i caratteri figurativi degli edifici, e soprattutto le sapienti “gerarchie” di volumi e di altezze tra edifici religiosi, civili e di comune fruizione abitativa, che costituiscono la vera insuperata essenza dell’urbanistica degli “antichi” ivi compresa quella contadina»⁵¹.

valorizzazione di aree del tessuto urbano di particolare pregio. In proposito, si rammenti, tuttavia, che C. cost., 18 aprile 2014, n. 104 (con note di F. GUELLA, *L’inammissibilità costituzionale delle lesioni alla concorrenza da parte delle autonomie e l’ammissibilità dei limiti territoriali, conformativi e specifici, alla liberalizzazione del commercio*, in *Le Regioni*, 2014, 936 ss., e di F. URBANI, *Successione penale impropria e disciplina transitoria: la Corte costituzionale apre uno spiraglio alla teoria della “continuità dell’illecito”*, in *Cass. pen.*, 2015, 1832 ss.) ha dichiarato l’illegittimità della l.r. Valle d’Aosta 25 febbraio 2013, n. 5, nella parte in cui poneva un divieto assoluto di apertura di grandi centri di vendita nei centri storici degli agglomerati urbani. V. anche Cons. St., V, 3 settembre 2018, n. 5157, con nota di F.G. ALBISINNI, *L’identità storico-culturale dei centri storici come eccezione culturale al principio di concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 387 ss., e di P. CARPENTIERI, *Valore culturale dei centri storici “vs.” concorrenza e mercato*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 425 ss.

⁴⁹ Fra i primi studi organici in materia, v. M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991, nonché EADEM, *Individuazione del bene paesaggistico e valutazione comparativa di interessi*, in *Riv. giur. urb.*, 1988, 315 ss., ed EADEM, *Cultura e ambiente*, in *Annuario delle autonomie locali* (dir. da S. CASSESE), Roma, 1984 (e cfr. gli aggiornamenti alla medesima voce relativi agli anni 1985, 1986 e 1987). Inoltre, v. EADEM, *La tutela del paesaggio tra riparto di competenza e principio di collaborazione*, in *Foro it.*, 1986, I, 1790 ss.

⁵⁰ Esattamente in questi termini v., per esempio, Cons. Stato, VI, 21 giugno 2006, n. 3733. V. anche T.A.R. Campania, Napoli, III, 3 aprile 2013, n. 1727, ove si precisa che la tutela dei centri storici, in quanto entità complesse, risale già all’art. 1, l. 29 giugno 1939, n. 1497. Pur non proponendo una definizione compiuta di “centro storico”, riconoscono che la disciplina degli interventi edilizi ivi consentiti risponde globalmente all’esigenza di preservare non solo i singoli beni, ma anche la bellezza d’insieme dell’area T.R.G.A. Trentino – Alto Adige, Trento, 5 dicembre 2012, n. 356, Idem, Trento, 11 ottobre 2012, n. 300, e Idem, Trento, 11 settembre 2012, n. 264. Cfr., però, C. Cass. pen., III, 15 luglio 2011, n. 30551, ove (come già si è segnalato: v. *supra*, a nota 18) si è negato che il centro storico in quanto tale sia di per sé assoggettato a vincolo paesaggistico. V. anche, in proposito, C. Cass. pen., III, 17 febbraio 2010, n. 16476.

⁵¹ V. così Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 marzo 2006, n. 107. Negli stessi termini, v. T.A.R.

Nella giurisprudenza recente, inoltre, cautamente ma progressivamente, si nota il tendenziale accoglimento di una nozione non formale ma sostanziale di “centro storico”, che in qualche caso sfocia nel tentativo di offrire una definizione compiuta. È significativa, in proposito, la sporadica giurisprudenza sul concetto di “città storica”, che viene delineato proprio in contrapposizione a una nozione di “centro storico” ritenuta troppo rigida e restrittiva. Con riferimento al Comune di Roma, per esempio, si è affermato che la città storica, lungi dal coincidere geograficamente con il centro storico, assume una portata funzionale che trascende le singole zone del tessuto urbano come delimitate nella pianificazione e giunge di fatto a ricomprendere l'intera città, ritenuta di per sé meritevole di protezione per la valenza identitaria di cui nel suo insieme è portatrice⁵².

Più in generale, appare progressivamente in espansione la tendenza al progressivo accoglimento di una concezione non meramente statica ed estetica di “centro storico”, ma dinamica e funzionale, comprensiva sia delle strutture immobiliari, sia degli spazi aperti. In questo senso sembra muoversi significativamente la giurisprudenza della Cassazione penale. In una serie di sentenze recenti, infatti, la Suprema Corte ha avuto modo di riconoscere l'applicabilità del reato di cui all'art. 169, d. lgs. n. 42/2004⁵³, in caso di svolgimento senza la previa autorizzazione della competente Soprintendenza di lavori di qualunque genere su beni situati in vie, piazze, strade e altri spazi urbani rientranti in centro storico, ancorché non direttamente sottoposti a vincolo. Secondo la ricostruzione accolta, tali aree, ove di appartenenza pubblica, si configurano come beni culturali *ex lege*, in

Liguria, Genova, I, 18 ottobre 2006, n. 1233, ove si afferma, appunto, che il rilievo urbanistico ed edilizio dei centri storici prescinde dal pregio intrinseco dei singoli manufatti che lo compongono e si precisa, ulteriormente, che la sua delimitazione è svincolata da requisiti formali. Anche T.A.R. Sicilia, Catania, I, 30 dicembre 2004, n. 4087, ha affermato che un immobile non vincolato può essere incluso dal Comune, in sede di pianificazione urbanistica, nell'ambito del centro storico, poiché la delimitazione di questo (che non necessariamente contiene solo edifici vincolati) mira, in generale, alla conservazione del patrimonio architettonico esistente nel suo complesso. V. poi, in proposito, T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, 7 ottobre 2002, n. 349, T.A.R. Piemonte, Torino, I, 9 aprile 1998, n. 229, e Cons. St., IV, 25 novembre 2003, n. 7771.

⁵² In questi termini v., per esempio, Cons. Stato, V, 13 luglio 2017, n. 3460, che riprende sostanzialmente il contenuto dell'art. 24 delle norme tecniche di attuazione allegate al p.r.g. di Roma, approvate dal Consiglio comunale con delibera n. 18 del 12 febbraio 2008 (reperibili on line al link http://www.urbanistica.comune.roma.it/images/uo_urban/prg_vigente/prg_nta.pdf). Non è dissimile, peraltro, l'orientamento seguito dalla giurisprudenza amministrativa che afferma come la tutela dei centri storici debba tenere conto di tutte le sue componenti, ivi compresi la fisionomia naturalistica del luogo e il patrimonio antropico sedimentatosi nel tempo: v. così, molto chiaramente, T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 24 aprile 2009, n. 875.

⁵³ Per l'analisi puntuale dell'art. 169, d. lgs. n. 42/2004, v. per tutti il commento di G. MARI, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, *cit.*, 1469 ss., e cfr. l'ampio apparato di riferimenti bibliografici ivi indicato.

base al combinato disposto dei cc. 1 e 4, lett. g), dell'art. 10, d. lgs. n. 42/2004⁵⁴. È sufficiente, infatti, che le caratteristiche normalmente richieste per sottoporre il bene a tutela si ravvisino nella frazione immobiliare di pertinenza dell'ente di riferimento⁵⁵. *Mutatis mutandis*, dunque, può riscontrarsi piena consonanza con l'orientamento seguito dai giudici amministrativi, allorché riconoscono la natura di bene culturale *ope legis* degli spazi urbani rientranti nei centri storici delle città⁵⁶.

La complessità che contraddistingue il centro storico come ambito materiale, e nel contempo culturale e identitario, evidenzia, oggi più che mai, l'esigenza di perfezionare meccanismi di tutela polivalenti, che consentano l'armonizzazione delle molteplici e varieguate istanze emergenti. Su questo fronte, appare particolarmente interessante la possibilità – che si prospetta in particolare nel Comune di Roma – di utilizzare lo strumento del Piano di massima occupabilità delle vie e delle piazze del centro storico⁵⁷. Secondo la giurisprudenza amministrativa, esso rappresenta lo strumento ideale per assicurare modalità omogenee di fruizione degli spazi pubblici di maggior pregio storico-artistico, armonizzando l'interesse degli operatori commerciali con quelli alla regolazione del traffico urbano, alla tutela della residenzialità e alla protezione della salute della cittadinanza⁵⁸.

Infine, è doveroso segnalare come la peculiare estensione e varietà degli interessi, che gravitano sull'attività amministrativa di salvaguardia dei centri storici, produca rilevanti conseguenze sul piano della legittimazione soggettiva ad attivare i circuiti di protezione di stampo giurisdizionale. Da questo punto

⁵⁴ Per l'analisi puntuale dell'art. 10, d. lgs. n. 42/2004, v. per tutti il commento di G. MORBIDELLI, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 134 ss., e cfr. l'ampio apparato di riferimenti bibliografici ivi indicato.

⁵⁵ V., precisamente: C. Cass. pen., III, 10 dicembre 2020, n. 3583, ed Eadem, III, 21 ottobre 2020, n. 31760. V. anche, precedentemente, C. Cass. pen., III, 12 giugno 2007, n. 32198, ed Eadem, V, 26 aprile 2005, n. 23668.

⁵⁶ Per esempio, v. così T.A.R. Veneto, Venezia, III, 16 ottobre 2018, n. 959, e Idem, III, 8 ottobre 2018, n. 927, ove si precisa ulteriormente che l'efficacia di tale qualificazione automatica perdura finché non intervenga un accertamento negativo di insussistenza dell'interesse culturale, ex art. 12, d. lgs. n. 42/2004. V. anche, per esempio: T.A.R. Puglia, Lecce, II, 26 settembre 2016, n. 1497, e Idem, Bari, II, 1° marzo 2013, n. 307; Cons. St., VI, 1° dicembre 2014, n. 5934; Idem, VI, 24 gennaio 2011, n. 482; Idem, VI, 30 luglio 2013, n. 4010; Idem, VI, 11 settembre 2013, n. 4497; Idem, VI, 30 luglio 2013 n. 4010; Idem, VI, 11 settembre 2013, n. 4497; Idem, VI, 24 gennaio 2011 n. 482.

⁵⁷ A proposito del Piano di massima occupabilità delle vie e delle piazze del centro storico, v., in prospettiva anche operativa, il contributo di P. GELSOMINI, *Manuale per il cittadino. Le regole per il commercio nel Centro Storico e nella Città Storica*, in particolare Cap. III, consultabile on line al link <https://www.cartainregola.it/index.php/dossier/le-regole-per-il-commercio-nel-centro-storico-e-nella-citta-storica-un-manuale-per-il-cittadino/regole-per-il-centro-storico-e-la-citta-storica-capitolo-3-occupazioni-del-suolo-pubblico-osp-e-piani-di-massima-occupabilita-pmo/>.

⁵⁸ In questi termini v., per esempio: T.A.R. Lazio, Roma, II, 12 marzo 2015, n. 4115, Idem, Roma, II, 14 gennaio 2015, n. 508; Idem, Roma, II, 13 gennaio 2014, n. 345; Idem, Roma, II, 22 maggio 2013, n. 5146.

di vista, nella giurisprudenza amministrativa è emerso un orientamento (talora condiviso dalla Suprema Corte)⁵⁹, che valorizza il ruolo dell'associazionismo radicato sul territorio, a protezione della qualità della vita dei residenti nei centri storici degli agglomerati. In alcune decisioni, infatti, si è affermato che, benché le associazioni ambientaliste focalizzino in primo luogo la propria attività sul mantenimento del contesto naturale, esse sono legittimate ad agire in giudizio anche a tutela dell'interesse ambientale "in senso lato". Questo si può concretizzare nell'intento di contribuire alla conservazione e alla valorizzazione proprio dei centri storici, in quanto ambiti geografici contraddistinti da caratteri del tutto peculiari, suscettibili di realizzare valori culturali condivisi⁶⁰. In tal senso, assume particolare importanza l'orientamento, talora accolto dai giudici amministrativi, in base al quale pare doversi ammettere la possibilità di riconoscere un diritto della collettività a fruire del centro storico⁶¹.

6. *Qualche breve considerazione di sintesi*

Poiché la nozione di "centro storico" appare ad oggi priva di portata semantica univoca a livello normativo⁶², assume fondamentale rilievo l'apporto defini-

⁵⁹ V., per esempio, Corte Cass. pen., III, 22 ottobre 2010, n. 3872, ed Eadem, III, 11 marzo 2009, n. 19883.

⁶⁰ V. così, per esempio: T.A.R. Campania, Napoli, VII, 3 maggio 2018, n. 2965, e Idem, Napoli, VIII, 12 gennaio 2015, n. 109. Analogamente, v.: T.A.R. Lombardia, Milano, II, 22 ottobre 2013, n. 2336; Idem, Brescia, I, 18 marzo 2013, n. 259; T.A.R. Toscana, Firenze, III, 20 ottobre 2006, n. 4568; Cons. St., V, 5 novembre 1999, n. 1841; Idem, IV, 9 ottobre 2002, n. 5365; Idem, IV, 14 aprile 2011, n. 2329; Idem, V, 22 dicembre 2014, n. 6195, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 27 settembre 2012, n. 811. Inoltre, v.: Cons. St., IV, 14 aprile 2011, n. 2329; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, I, 3 giugno 2008, n. 304; T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 15 luglio 2013 n. 668; Idem, Milano, IV, 15 marzo 2013, n. 713. V., poi, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 22 ottobre 2013, n. 2336, e T.A.R. Campania, Salerno, I, 8 novembre 2011, n. 1769, ove con particolare chiarezza si riconnette al principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118 Cost.* la legittimazione ad agire a tutela (anche) della salvaguardia dei centri storici delle città in capo alle associazioni ambientaliste. Va detto, peraltro, che l'orientamento a cui si è fatto riferimento, costantemente seguito nelle sentenze recenti, contraddice quello, assai più restrittivo, emerso nella giurisprudenza più risalente: v., a mero scopo esemplificativo, T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 3 aprile 1996, n. 109, con nota di A. MAESTRONI, *Urbanistica ed ambiente: le maglie finissime della rilevanza degli interessi procedurali e processuali delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 140 ss.

⁶¹ V. così, per esempio, T.A.R. Valle d'Aosta, 20 maggio 2004, n. 57, in cui si è ritenuta legittima la norma del regolamento edilizio comunale che precludeva in maniera assoluta la possibilità di recintare l'area in presenza di una servitù pubblica di passaggio, anche in considerazione, appunto, dell'interesse pubblico a garantire la fruibilità del centro storico. V. anche T.A.R. Calabria, Catanzaro, II, 11 febbraio 2011, n. 211.

⁶² Evidentemente, questa lacuna rispecchia un fenomeno di più ampio respiro, che contraddistingue oggi, a fronte della complessità delle attività istituzionali e dell'intreccio di interessi che esse

torio della giurisprudenza. Allorché si sono trovati a dover offrire un contributo rispetto alla corretta delimitazione del concetto, i giudici hanno seguito un orientamento che sembra essersi gradualmente modificato – o, quanto meno, arricchito di nuove sfaccettature – nel corso del tempo. La varietà delle esigenze che si intrecciano in vista della corretta gestione dei centri storici, infatti, ha indotto le Corti ad abbandonare progressivamente visioni formalistiche e strettamente normative – che pure persistono, in particolare laddove si ravvisi la necessità di ancorare a parametri oggettivi l'applicazione di disposizioni specifiche – per adottare una concezione sostanziale e dinamica.

In particolare, è degno di nota il fatto che il regime speciale di protezione dell'interesse culturale sia spesso applicato agli immobili rientranti nell'ambito del centro storico, anche a prescindere dalla circostanza che essi siano direttamente e singolarmente sottoposti a vincolo. Questo dato dimostra crescente consapevolezza circa la dimensione identitaria dei nuclei più antichi degli agglomerati urbani, che può fondarsi sulla dimensione storico-evolutiva ancor prima che su quella correlata al pregio strettamente artistico o architettonico dei manufatti. Ciò, peraltro, rispecchia il superamento, ormai giunto a piena maturazione nel nostro ordinamento, della concezione “estetizzante” del patrimonio culturale, sulla cui natura di «testimonianza avente valore di civiltà»⁶³ oggi non è possibile nutrire alcun dubbio.

È significativa, inoltre, l'attenzione con cui la giurisprudenza riflette sulla necessità di fronteggiare i rischi correlati all'eccessivo isolamento – spaziale, ma anche e soprattutto funzionale – del centro storico, rispetto al tessuto urbano nel suo insieme: “museificazione” da un lato, ma anche degrado e conseguente desertificazione in seguito all'abbandono da parte dei residenti, nonché “terziarizzazione”, a seguito dell'indebita prevalenza delle istanze connesse allo svolgimento di attività imprenditoriali a vocazione turistica e ricettiva⁶⁴.

sottendono, la crescente difficoltà della scienza giuridica nell'offrire definizioni concettuali pienamente soddisfacenti. A proposito del ruolo delle tassonomie (e sulla loro possibile crisi) nel diritto, v., per esempio: M. MARTINO, *Coerenza linguistica e codificazione: il ruolo selettivo e correttivo delle tassonomie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 79 ss.; M. CARDUCCI, “Ragione politica” della comparazione e “costituzionalizzazione” delle tassonomie, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 1097 ss.; G. PASCUZZI, *Conoscere comparando: tra tassonomie ed errori cognitivi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 1179 ss.; G. RESTA, *Le tassonomie e la precomprensione del comparatista*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 1197 ss. Inoltre, v., per esempio, A. DI NUNZIO, D. GRBAC, M. CORVEDDU, C. ROLLA, *Terminologia e tassonomia: un'esperienza in Biblioteca*, in *Informatica dir.*, 2014, 193 ss.; R. GUASTINI, *Per una tassonomia delle controversie tra giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 883 ss. Infine, si occupa in qualche misura della crisi delle tassonomie giuridiche anche D. MESSINETTI, *Per un'ecologia della modernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 23 ss.

⁶³ V. art. 2, c. 2, d. lgs. n. 42/2004.

⁶⁴ È evidente, dunque, la consonanza fra la sensibilità emergente nelle sentenze dei giudici amministrativi e le preoccupazioni espresse dalla dottrina. Cfr., infatti, le considerazioni svolte in proposito *supra*, *sub par.* 1.

Proprio per neutralizzare queste insidie, i giudici amministrativi si impegnano nella non facile elaborazione di nuovi paradigmi concettuali, idonei a valorizzare il centro storico non solo e non tanto come ambito spaziale di riferimento, contraddistinto dalla compresenza di una consistente quantità di edifici e manufatti di pregio, quanto piuttosto come nucleo di per sé ben riconoscibile, poiché caratterizzato da una vocazione identitaria complessa e polivalente. In tale prospettiva, pur non abbandonando del tutto l'impostazione tradizionale, che si fonda sulla normativa in materia di governo del territorio e poggia sulla delimitazione nella pianificazione urbanistica della "zona A" del Comune, la giurisprudenza sembra puntare alla rivitalizzazione della portata precettiva dell'art. 136, d. lgs. n. 42/2004, in cui l'equiparazione ai beni paesaggistici conduce inequivocabilmente a considerare i centri storici come entità unitarie e non frazionate.

L'accoglimento della concezione "olistica" del centro storico ha prodotto importanti conseguenze concrete. Si tratta, in primo luogo, dell'estensione della sua rilevanza giuridica, quale contesto di convivenza sociale dotato di una fisionomia del tutto peculiare (a vocazione plurima: residenziale e imprenditoriale, in senso ampio o più marcatamente di tipo turistico-ricettivo), non solo agli edifici e ai manufatti di cui è disseminato, ma anche agli spazi aperti intrinsecamente destinati alla fruizione pubblica. In secondo luogo, sul fronte soggettivo, è necessario segnalare come la legittimazione ad instaurare i meccanismi giurisdizionali di tutela in vista della salvaguardia dei centri storici sia stata riconosciuta in via pretoria agli enti associativi, esponenziali dell'interesse ambientale "in senso lato". In tempi recenti, proprio questa percezione "allargata" del centro storico costituisce il terreno più fertile per il dialogo e la condivisione fra Corti di diversa estrazione, che contribuiscono in modo diverso, ma non confliggente, a offrire una chiave di lettura tendenzialmente omogenea per la costruzione di una nozione condivisa.

Pare di poter dire, in conclusione, che sul fronte metodologico, prima ancora che su quello contenutistico, opera l'esito forse più fruttuoso dell'interpretazione giurisprudenziale del quadro normativo. La giurisprudenza induttivamente, partendo dalle problematiche sottese alle singole fattispecie, si è dimostrata in grado di offrire sollecitazioni sistematiche di ampio respiro, idonee ad attualizzare un concetto antico ma certamente non obsoleto, che ha saputo restare al passo con i tempi senza tradire la sua originaria portata identitaria.

Abstract

Nonostante tuttora manchi una nozione legislativa univoca di “centro storico”, la dottrina da tempo si impegna nella ricerca di una definizione in grado di evidenziare le caratteristiche che contraddistinguono globalmente i nuclei antichi degli insediamenti. Tale sforzo tassonomico potrebbe contribuire a razionalizzare la gestione dei centri storici, ove si profila la complessa tensione fra salvaguardia del patrimonio culturale immobiliare, valorizzazione della portata identitaria in senso ampio, legittime aspettative di qualità della vita dei residenti e sfruttamento commerciale soprattutto a vocazione turistico-ricettiva. In questo intricato contesto, la giurisprudenza accoglie una concezione polivalente, che rispecchia l'attuale complessità funzionale dei centri storici.

The administrative courts in the meanders of the historical center: searching for a unitary paradigm, between urban planning and protection of cultural heritage

Although at present a legislative unambiguous notion of “historical center” is still lacking, the doctrine for a long time has been committed to search a definition capable to point out the characteristics, which distinguish the ancient settlements as a whole. Such taxonomic effort may help rationalize the management of historical centers, where there is a complex tension between protection of the fixed cultural heritage, enhancement of the identitarian scope in broad sense, rightful expectations on quality of life by the resident people and commercial exploitation (especially with tourist-receptive vocation). In this complicated context, the case law accepts a multi-purpose concept, reflecting the current functional complexity of historical centers.

Sulla titolarità delle competenze in materia di emergenza sanitaria. A proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021

di Marco Mandato

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La legge regionale n. 11/2020 e l'impugnativa del Governo – 3. L'esercizio del potere cautelare della Corte e la declaratoria di illegittimità costituzionale. La "profilassi internazionale" come presupposto legittimante la competenza esclusiva dello Stato in materia di emergenza epidemiologica – 4. L'interpretazione estensiva della competenza legislativa della profilassi internazionale e il sacrificio della leale collaborazione tra Stato e Regioni.

1. *Premessa*

L'oggetto di queste brevi note è la sentenza n. 37/2021 della Corte a seguito dell'impugnazione da parte del Governo della legge regionale della Valle d'Aosta n. 11/2020 recante "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS- COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza". La sentenza è importante per due motivi. Il primo è rappresentato dalla circostanza che il Giudice delle leggi, per la prima volta, ha esercitato il potere di sospensione cautelare *ex lege* n. 87/1953 con il quale ha sospeso l'efficacia delle norme impugnate. Il secondo motivo è dato dal fatto che dalla lettura e dall'analisi della pronuncia, pare che la Consulta abbia messo la parola fine in ordine alla questione della titolarità ad adottare provvedimenti specifici atti a gestire e contrastare un'emergenza sanitaria a livello internazionale.

Nel momento in cui vengono redatte questi brevi note, sembrerebbe che l'emergenza stia terminando; i contagi diminuiscono, i deceduti – fortunatamente – anche. Tuttavia, la fine della stagione pandemica non ci può precludere di prendere in considerazione, in una visione più sistematica, il sistema delle competenze che governa i rapporti tra i diversi livelli di governo.

Esaurita questa premessa, provvederò a riassumere i contenuti della legge regionale impugnata, i principi desumibili dalla statuizione della Corte e, infine, a sviluppare sintetiche considerazioni conclusive.

2. *La legge regionale n. 11/2020 e l'impugnativa del Governo*

La legge regionale n. 11/2020 dettava specifiche norme per prevenire e contrastare l'emergenza epidemiologica all'interno del territorio valdostano, vincolando l'esercizio di tutte le attività produttive e commerciali nonché "le

libertà di movimento dei cittadini” e le “relazioni sociali” al rispetto delle misure di sicurezza. Il cuore della legge è rappresentato dall'articolo 2, il quale individuava un insieme di attività che, pur lecite ed ammesse, avrebbero dovuto essere esplicate conformemente agli *standard* diretti a evitare la diffusione dei contagi da Covid-19, potenzialmente derogando alle misure di prevenzione e contrasto alla pandemia stabilite uniformemente a livello centrale.

Veniva, inoltre, specificamente disciplinato il potere del Presidente della Giunta regionale di adottare ordinanze attraverso le quali si sarebbero potute sospendere le attività di cui sopra e autorizzare, derogando alle disposizioni statali, eventi pubblici. I successivi articolano indicavano i soggetti e le modalità atte a contrastare l'emergenza epidemiologica.

Il ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri è stato notificato il 21 dicembre 2020 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 53, nella prima serie speciale. L'Avvocatura dello Stato ha impugnato l'intero testo della legge, in particolare l'articolo 2, per violazione della chiamata in sussidiarietà disposta dalla normativa nazionale e del principio di leale collaborazione. Il cuore dell'impugnativa è rappresentato dall'osservazione che la legge regionale della Valle d'Aosta conterrebbe disposizioni di prevenzione e contrasto al Covid-19 che si sovrappongono alla normativa statale diretta alla gestione dell'emergenza epidemiologica.

3. *L'esercizio del potere cautelare della Corte e la declaratoria di illegittimità costituzionale. La “profilassi internazionale” come presupposto legittimante la competenza esclusiva dello Stato in materia di emergenza epidemiologica*

La declaratoria di illegittimità costituzionale è stata preceduta dall'ordinanza n. 4/2021 con la quale il Giudice delle leggi ha sospeso in via cautelare l'efficacia della legge. È stata la prima volta che la Corte ha utilizzato questo potere espressamente previsto dagli articoli 35, così come modificato dall'articolo 9 della legge n. 131/2003, e 40 della legge n. 87/1953 recante “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”. L'articolo 35 condiziona l'esercizio del potere cautelare alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale in via principale; pertanto, come è stato fatto notare in dottrina¹, tale potere è ancillare, accessorio ad un atto principale, un ricorso, che introduca il giudizio innanzi alla Corte.

In una precedente occasione, il Giudice delle leggi era stato chiamato a valutare l'opportunità di ricorrere all'esercizio del potere cautelare, respingendo,

¹ Cfr. *ex plurimis* R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in www.federalismi.it, n. 4/2021, 5.

però, la relativa richiesta. Infatti, nell'ordinanza n. 245/2006, a fronte dell'impugnazione di alcune norme² del Codice dell'ambiente, la Corte non ha accolto la richiesta di sospensiva poiché la parte ricorrente non aveva indicato in modo esplicito i motivi che potessero legittimare la sospensione cautelare dell'efficacia delle norme impuginate.

Come è noto, la decisione cautelare mira a prevenire potenziali rischi e pregiudizi derivanti dall'esecuzione di un atto, ragion per cui il relativo giudizio è strumentale a quello principale. I presupposti affinché possa essere sospesa, in via cautelare, l'esecuzione o l'efficacia di un atto sono costituiti dal *periculum in mora* e dal *fumus bonis iuris*. Il primo elemento implica la sussistenza di un interesse normativamente protetto in merito al quale potrebbero verificarsi pregiudizi e lesioni. Il secondo presupposto della tutela cautelare è costituito da un giudizio prognostico dell'autorità giudicante in ordine al prevedibile esito del giudizio.

Il *periculum in mora* che la Corte deve valutare è quello del "rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini" oppure la sussistenza di gravi ragioni che rendono opportuna la sospensione.

È, pertanto, in occasione della pronuncia sulla legge regionale della Valle d'Aosta che la Corte ha fatto ricorso al potere cautelare. Dalla precedente ordinanza su richiamata, è evidente che, ai fini dell'accoglimento della richiesta di sospensione dell'efficacia delle disposizioni normative, il ricorrente individui esattamente e non genericamente né ipoteticamente il perimetro 'fattuale' nel cui ambito la Corte possa muoversi e valutare l'opportunità e la necessità di sospendere l'efficacia delle leggi impugnate. Con ordinanza n. 4 del 2021 la Consulta ha valutato positivamente la sussistenza del *periculum in mora* e del *fumus bonis iuris*. Relativamente al primo presupposto, secondo i Giudici costituzionali la sovrapposizione di una normativa regionale meno rigorosa rispetto a quella statale avrebbe potuto pregiudicare gravemente e irreparabilmente i diritti dei cittadini, in particolar modo quello alla salute, e aumentare il rischio di innalzamento dei contagi. Il *fumus bonis iuris*, invece, è stato riscontrato nella necessità che la gestione della pandemia globale implichi l'adozione di misure che ricadono nella cd. profilassi internazionale la quale, ai sensi dell'art. 117 Cost., rientra tra le materie su cui lo Stato ha competenza legislativa esclusiva.

L'ordinanza n. 4/2021 ha anticipato nei contenuti la sentenza n. 37/2021 con cui la Corte ha accolto la questione di legittimità costituzionale. Il Giudice delle leggi ha riconosciuto fondate le questioni di legittimità sollevate nei confronti della legge regionale riconducendo la titolarità della competenza a legiferare in via esclusiva in materia sanitaria alla profilassi internazionale. Non solo.

² Artt. 63, 64, 101, comma 7, 154, 155, 181, commi da 7 ad 11, 183, comma 1, 186, 189, comma 3, e 214, commi 3 e 5.

La Consulta ne ha ricostruito anche l'ambito oggettivo, ovvero qualsiasi misura atta a contrastare o prevenire una pandemia sanitaria tale da "assorbire ogni profilo di disciplina" con la conseguenza per la quale le relative norme impongano un'attuazione uniforme sull'intero territorio nazionale di "programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale". La Corte, pertanto, ritiene che "ragioni logiche, prima che giuridiche" impongano una disciplina e un'azione unitaria in virtù della quale si possa tutelare il diritto alla salute nella proiezione dell'egualianza e dell'interesse collettivo evitando il rischio che le normative emanate a livello sub-statale pregiudichino la capacità di contenere la malattia a livello nazionale e internazionale.

A fronte di queste considerazioni, la Corte costituzionale, accogliendo le questioni di legittimità costituzionale, ha confermato che, alla luce dell'art. 117, lett. q) Cost., lo Stato ha competenza esclusiva nella cura degli interessi rilevanti nel corso di una pandemia globale in ragione dell'intensità della sua diffusione.

4. *L'interpretazione estensiva della competenza legislativa della profilassi internazionale e il sacrificio della leale collaborazione tra Stato e Regioni*

La sentenza della Corte chiude il cerchio in ordine alla conflittualità tra Stato e Regioni sul ruolo di entrambi nella lotta alla pandemia. Fin dai primi tempi, il confronto tra i due livelli di governo è stato altamente conflittuale. Infatti, già dall'adozione dei primi provvedimenti con cui l'Esecutivo – allora guidato da Giuseppe Conte – ha regolamentato la gestione della pandemia, il ruolo delle Regioni è apparso volutamente trascurato. Infatti, si è assistito ad una "marginalizzazione della possibilità d'influenza regionale sui provvedimenti normativi adottati"³ con procedure eccessivamente snelle che non hanno consentito l'opportuna concertazione con le Regioni⁴, in quanto la rapidità con cui sono state individuate le misure di contrasto al virus pandemico non ha consentito ai Presidenti delle Regioni di esaminarli, di discutere con il Governo e di promuovere un proficuo confronto in sede di Conferenza Stato-Regioni. Ciò ha avuto l'effetto di creare una sorta di cortocircuito nei rapporti centro-periferia senza "particolari forme di concertazione o strumenti di coordinamento [...]"⁵ che sarebbero stati comunque importanti per rapportare i provvedi-

³ E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, 4. Analogamente, G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2020, 198.

⁴ Cfr. M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 4; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 1/2020, 7.

⁵ E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 386.

menti alle specifiche realtà territoriali in considerazione dei livelli di contagio⁶.

Ciò pone due ordini di problemi: il primo concerne l'individuazione del/i soggetto/i normatore/i; il secondo l'individuazione della fonte attraverso cui si è disciplinata la pandemia. Relativamente al primo aspetto, va menzionato l'articolo 117 Cost. che ripartisce la tutela della salute nell'ambito della concorrenza competente tra Stato e Regioni; inoltre, rilevano l'articolo 32 della legge n. 833/1978 che istituisce il Servizio sanitario nazionale e l'articolo 117 del decreto legislativo n. 117/1998 che ripartiscono tra il Ministero della Salute, i Sindaci e i Presidenti delle Giunte regionali la competenza ad emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica rispettivamente sul territorio nazionale e su quello regionale e comunale. Infine, il decreto legislativo n. 1/2018 che disciplina il codice della Protezione civile regolando il ruolo e i poteri del Presidente del Consiglio nell'adottare ordinanze di protezione in materia di salute pubblica, anche attraverso il coinvolgimento dei governi regionali. Questo il quadro normativo di riferimento.

Un ulteriore aspetto di indubbio interesse è costituito dalla dimensione internazionale della pandemia e dal suo riflesso sul sistema delle competenze definito in Costituzione. Come è noto, l'articolo 117 Cost. ha previsto tra le materie concorrenti la disciplina dei rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni sulla quale si innesta il controllo dello Stato il quale ha una specifica responsabilità internazionale⁷. Ration per cui, occorrerebbe chiedersi quanto la dimensione internazionale della pandemia si rifletta sul sistema delle competenze costituzionalmente delineato e sull'autonomia regionale. Non è certamente questa la sede per approfondire l'aspetto 'esterno'⁸ dell'attività istituzionale delle Regioni, ma potrebbero sorgere delle perplessità se, in ragione della globalità di una pandemia, si annullassero prerogative costituzionali delle Regioni e si ammettesse un controllo pieno e assorbente dello Stato. Anche chi⁹ ritiene giusta e corretta quest'impostazione statocentrica sul presupposto della credibilità e affidabilità dell'ordinamento, potenzialmente pregiudicato da normative diverse al suo interno, non considera, come si dirà, l'autonomia regionale sotto il profilo della specifica conoscenza delle criticità territoriali e delle infrastrutture ospedaliere distribuite sul territorio. Inoltre, il riferimento alla dimensione estera dei poteri regionali cui all'articolo 117 Cost. si dovrebbe intendere con riferimen-

⁶ In questo senso, cfr. G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 1/2020, 7. che richiama i principi di sussidiarietà e adeguatezza; M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Biolaw Journal*, 22 marzo 2020, 3 i quali parlano di ragionevolezza come metodo di individuazione delle misure di contrasto al virus.

⁷ Su questo si v. R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 2/2021.

⁸ Su cui cfr. *ex plurimis* D. MESSINEO, *I poteri di indirizzo e controllo del Governo sulle attività internazionali delle Regioni*, in *Le Regioni*, 1, 2011.

⁹ Cfr. R. NIGRO, *op. cit.*

to esclusivo alla possibilità che le Regioni stipulino accordi o intese, rispettivamente con altri Stati e con enti territoriali interni ad altro Stato, a prescindere da una fattispecie pandemica¹⁰.

Per quanto concerne, invece, il secondo degli aspetti rilevanti, si ricorda che l'intera emergenza sanitaria è stata disciplinata attraverso i Decreti del Presidente del Consiglio. Questo strumento – sulla cui natura, normativa o amministrativa, si rimanda alla dottrina – che ha trovato copertura nella fonte primaria del decreto legge n. 6/2020, ha ‘positivizzato’ l'orientamento accentratore e decisionista del Governo ed è stato fonte dei primi contrasti con le Regioni sia sul piano metodologico che su quello sostanziale. Prendendo in considerazione il primo dei decreti legge (n. 6/2020) adottati dal Governo per individuare le misure di prevenzione e contrasto alla pandemia, emerge chiaramente questo indirizzo accentratore: infatti, alla luce del dettato normativo, il Presidente del Consiglio è stato individuato come unico soggetto normatore attraverso i decreti che sono stati adottati con la semplice consultazione delle Regioni mentre queste ultime potevano adottare ordinanze, nelle more dell'adozione dei Dpcm, nel quadro di un procedimento accentratore gestito dallo stesso Presidente del Consiglio nell'esercizio delle proprie potestà. Tale impostazione accentratrice è ulteriormente confermata dalla legge n. 13/2020 il cui articolo 1 contingeva temporalmente l'efficacia delle ordinanze dei Presidenti di Regione le quali avrebbero perso efficacia se non comunicate al Ministro della salute entro le successive ventiquattro ore.

Si può notare che il contesto giuridico nel quale è sorto il conflitto tra Stato e Regioni è rappresentato da una fonte, il Dpcm, che è stata sempre intesa come spuria, dall'incerta natura – normativa o amministrativa¹¹ – e dal non chiaro fondamento, attraverso la quale si sono introdotte significative limitazioni ai diritti fondamentali e ci si è inseriti nel nucleo di competenze costituzionalmente garantite alle autonomie territoriali. Infatti, come è stato evidenziato “a ragione dell'assenza di una sua definizione è difficile tanto la sua ricostruzione (individuare i caratteri essenziali, il procedimento da seguire per l'adozione, i limiti all'ampiezza del contenuto dell'atto, la sua pubblicazione ecc.), quanto la sua classificazione”¹². Per questo, per chiarirne la natura occorrerebbe considerarne l'aspetto sostanziale, ossia il contenuto proprio¹³. In ragione di ciò, sembrerebbe

¹⁰ Cfr. *ex plurimis* R. BIN, G. FALCON, *Diritto regionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 375 ss.

¹¹ Per un inquadramento generale cfr. S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente dei Ministri (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1988, pp. 251 ss.; A. CELOTTO, *Che cosa sono i DPCM? (In margine a Consiglio di stato parere n. 850 del 13 maggio 2021)*, in *Giustamm*, 2021.

¹² A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *www.nomosleattualitaneldiritto.it*, n. 1/2020, 2 ss.

¹³ M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista Aic*, n. 1/2021.

assunto che i dpcm possano considerarsi atti “tipicamente”¹⁴ e “formalmente”¹⁵ amministrativi¹⁶, riconducibili al *genus* delle ordinanze¹⁷.

Proprio in considerazione di queste importanti e non trascurabili questioni preliminari di contesto, la sentenza n. 37/2021 è indubbiamente dirompente per i suoi contenuti. Essa costituisce un punto di svolta nella dinamica dei rapporti tra lo Stato e le Regioni nella gestione dell'emergenza sanitaria. La Corte non ha dubbi: lo Stato è il solo attore politico-istituzionale cui si deve riconoscere la competenza ad adottare le misure atte a prevenire e contrastare il diffondersi dell'emergenza epidemiologica. Il fondamento della suddetta competenza è individuato nella profilassi internazionale rispetto alla quale ne è stato individuato non solo l'aspetto soggettivo, ossia lo Stato come unico soggetto titolare ad emanare norme in materia, ma anche quello oggettivo. Su quest'ultimo punto, la Corte ha ricompreso nella profilassi internazionale qualsiasi misura che consenta di contrastare e prevenire il diffondersi dei contagi.

Esaminando il dato positivo, si scorge che la disciplina della profilassi internazionale viene menzionata sia nella Costituzione che nelle fonti ordinarie. L'articolo 117, lett.) q della Carta costituzionale, nell'elencare le materie rientranti nella competenza esclusiva dello Stato, annovera anche la profilassi internazionale. Il richiamo a quest'ultima si ritrova, inoltre, nella legge n. 833/1978 dove all'articolo 6, lett. a) e b) si fa riferimento, nell'individuare le funzioni amministrative di competenza dello Stato, ai “rapporti internazionali e [al]la profilassi internazionale,

¹⁴ L.A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, 16.

¹⁵ M. DE NES, *Emergenza covid-19 e bilanciamento di diritti Costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2020, 2. E da ultimo, cfr. E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista Aic*, n. 2/2021, 14.

¹⁶ Da un comunicato stampa emesso dalla Corte costituzionale il 23 settembre 2021, si apprende che è stata respinta una questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine ai decreti legge n. 6 e n. 19 del 2020 poiché secondo il Giudice delle leggi “al Presidente del Consiglio non è stata attribuita altro che la funzione attuativa del decreto legge, da esercitata mediante atti di natura amministrativa”.

¹⁷ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, 5; E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, 5; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in www.nomosleattualitaneldiritto.it, n. 1/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 15; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020; R. ROLLI, R. STUPAZZINI, *Potere di ordinanza extra ordinem e conflitti tra Stato, Regioni ed enti locali*, in www.nomosleattualitaneldiritto.it, n. 2/2020, 4. ; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista Aic*, n. 1/2021. *Contra*, C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2021, 7 ss., per il quale i dpcm hanno una chiara natura normativa essendo “un atto [che] limita i diritti costituzionali con disposizioni generali e astratte”.

marittima, aerea e di frontiera, anche in materia veterinaria; l'assistenza sanitaria ai cittadini italiani all'estero e l'assistenza in Italia agli stranieri ed agli apolidi, nei limiti ed alle condizioni previste da impegni internazionali, avvalendosi dei presidi sanitari esistenti; la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizootie". Da ultimo, va menzionato l'articolo 126 del decreto legislativo n. 112/1998 rubricato proprio "profilassi internazionale" a mente del quale "[...] sono mantenute allo Stato [...] le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, con particolare riferimento ai controlli igienico-sanitari alle frontiere, ai controlli sanitari delle popolazioni migranti, nonché ai controlli veterinari infracomunitari e di frontiera". A ciò si aggiunga che la relazione sui dati di attività degli USMAF-SASN¹⁸ relativa al dicembre 2020 del Ministero della salute contiene un'esplicita nozione di profilassi internazionale riconducendone l'ambito alle "Attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse, quarantenarie e non, che si svolgono nei porti e negli aeroporti e nei punti di confine terrestri dislocati sul territorio".

Il principale aspetto è certamente quello per cui la 'materialità' della profilassi internazionale e la conseguente riconduzione alla competenza esclusiva dello Stato escludono che l'emergenza epidemiologica costituisca un settore legislativo su cui si possa innestare la competenza concorrente tra Stato e Regioni. A questa considerazione ne consegue un'altra: quella per cui l'esclusività della profilassi internazionale non ammette né che si possa inquadrarla come materia trasversale né che la definizione delle misure di prevenzione e contrasto possa essere ispirata alla leale collaborazione tra i diversi livelli di governo. Inoltre, è stato escluso che la materia potesse essere oggetto di una chiamata in sussidiarietà, il che avrebbe imposto una partecipazione delle Regioni e il ricorso ai canoni della ragionevolezza e della non arbitrarietà nell'individuazione delle misure *ad hoc* per non comprimere eccessivamente le attribuzioni regionali costituzionalmente garantite. L'indirizzo della Corte, pertanto, 'ratifica' quello che è stato il *modus operandi*¹⁹ del Governo centrale fin dall'inizio dell'emergenza epidemiologica, ossia quello di accentrare la gestione delle procedure di contenimento del virus, limitando il coinvolgimento regionale a una semplice "consultazione" del Presidente della Regione o del sistema delle Conferenze, a seconda dell'ampiezza dell'efficacia della misura normativa e promuovendo un coordinamento "debole"²⁰ con le istituzioni regionali, esacerbando²¹ il principio di

¹⁸ Reperibile al seguente link https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_3065_0_file.pdf.

¹⁹ Su questo cfr. M. CAVINO, *op. cit.*

²⁰ Cfr. F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 9.

²¹ Definito come "vera vittima istituzionale dell'epidemia" da G. COINU, *Un nuovo capitolo nel variegato conflitto Stato-Regioni: le ordinanze regionali "contro" gli spostamenti verso le seconde case*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2021, 1.

leale collaborazione. Evidente, pertanto, che il Giudice delle leggi ha inteso imprimere una direzione unitaria²² della pandemia, ritenendo logicamente e giuridicamente necessaria una disciplina uniforme e non frammentata non solo per evitare che lo Stato – direttamente e indirettamente (tramite l'azione dei Governi regionali) – potesse essere considerato responsabile come soggetto di diritto internazionale, ma anche per preservare l'eguaglianza delle persone nell'esercizio del diritto alla salute²³ dei cittadini, suscettibile di essere pregiudicato da interventi normativi regionali che avrebbero potuto spezzare la catena normativa di regolazione del virus.

Le argomentazioni della Corte sollevano qualche perplessità. Rispetto alla profilassi internazionale si richiamano programmi concordati a livello internazionale²⁴. In realtà, fin dall'inizio della gestione pandemica le istituzioni europee e internazionali sono sembrate assenti o quanto meno incerte su che tipo di misure e procedure si dovessero concordare e attuare unitariamente per gestire il virus pandemico. Non v'è traccia di programmi o piani elaborati in seno alla comunità europea e internazionale tale da giustificare il richiamo agli stessi e, conseguentemente, alla centralizzazione statale della disciplina della pandemia²⁵. L'unico profilo di rilievo internazionalistico è stato il comunicato con cui l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato il Covid-19 pandemia di rilevanza internazionale. Dall'analisi in combinato disposto delle fonti indicate si intuisce come la profilassi internazionale abbia una rilevanza 'esterna' che attiene ad un complesso di attività degli organi statali che si proiettano al di fuori dei confini nazionali, ovvero esclusivamente ai confini o alle frontiere. Inoltre, analizzando l'articolo 113 del decreto legislativo n. 112/1998 si evince che tutto ciò che concerne le attività di prevenzione delle malattie infettive con carattere di diffusività vada ascritto alla salvaguardia della salute umana, della salute in generale che, come risulta dal riparto di competenze cui al Titolo V Cost., costituisce materia concorrente tra Stato e Regioni. Pertanto, le considerazioni della Corte apparirebbero eccessivamente pregiudizievoli per le competenze e il ruolo che i Governi regionali hanno nel sistema costituzionale, anche a fronte della considerazione per la quale la profilassi internazionale implicherebbe un insieme di attività che, lo si ripete, dovrebbero svolgersi esclusivamente nei punti di confine e non su tutto il territorio nazionale²⁶. L'oggettività della profilassi internazionale

²² Attraverso quello che è stato definito “regionalismo di esecuzione” da B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *www.federalismi.it*, 4 aprile 2021, 4.

²³ *Considerato in diritto*, 7.1.

²⁴ Su questo cfr. N. MINISCALCO, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge (note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021)*, in *www.giurcost.org*, n. 1/2021, 228 ss.

²⁵ Proprio per questi motivi 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 *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, 10.

²⁶ Sembrerebbe, pertanto, che la profilassi internazionale sia la *species* del *genus* “tutela della

e la conseguente negazione della sua trasversalità – tale da poter ipotizzare un coinvolgimento regionale – portano al ‘sacrificio’ della leale collaborazione cui devono informarsi i rapporti tra i diversi livelli di governo.

Questa eccessiva internazionalizzazione della gestione pandemica provoca una evidente *deminutio*²⁷ del ruolo costituzionale delle Regioni, eludendo la natura concorrente della tutela della salute e della protezione civile. Le “misure” di contrasto del virus pandemico, citate dalla Corte, implicitamente dovrebbero intese in termini finalistici a prescindere dalla natura del soggetto normatore, sia esso lo Stato siano le Regioni. I provvedimenti delle Giunte regionali, oltre a non spezzare la catena²⁸ dei provvedimenti normativi idonei al contrasto al virus, rifletterebbero le specificità territoriali, il grado di forza strategica e organizzativa delle strutture sanitarie regionali in rapporto al bacino demografico e alle criticità proprie di ciascuna realtà territoriale che solo le singole Giunte possono conoscere. Inoltre, il richiamo all’eguaglianza della tutela della salute appare astratto in quanto non in tutte le Regioni si registra una capacità uniforme di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria in considerazione del numero, della distribuzione territoriale e della capacità in termini di posti letto e di terapie intensive idonee a garantire il supporto curativo minimo e necessario da parte delle strutture sanitarie.

Le conclusioni della Corte a favore dell’unitarietà legislativa sono dovute all’eccezionale emergenza sanitaria e questo va rapportato all’assenza nell’ordinamento di una legislazione dell’emergenza scaturita da una pandemia. Ed è così che il Giudice delle leggi ha imposto un Diritto costituzionale dell’emergenza²⁹, sbiadendo il carattere procedurale e sostanziale della materia concorrente “tutela della salute”.

Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe ritenere che la Corte abbia ‘esasperato’ il carattere internazionale della pandemia a livello dei rapporti e delle competenze tra Stato e Regioni³⁰, sacrificando eccessivamente l’autonomia delle

salute umana”. Cfr. G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”*, in *www.forumcostituzionale.it*, n. 3/2021, 15 ss.

²⁷ Cfr. 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 *www.forumcostituzionale.it*, n. 2/2021, 6.

²⁸ Emblematico il riferimento alla catena degli atti normativi in rapporto al sistema delle fonti in M. LUCIANI, *op.cit.*

²⁹ Si v., a questo proposito, l’interessante e originale proposta di F. BOCCHINI, *Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.nomosleattualitaneldiritto.it*, n. 2/2021, 26 ss., il quale, esaminando con eshaustività gli orientamenti dottrinali sull’art. 78 Cost., nota che manca nell’ordinamento una legislazione che governi fattispecie pandemiche durature e temporalmente incerte, proponendo a tal fine di inserire in Costituzione un articolo 78 bis con cui si positivizza la possibilità che le Camere conferiscano al Governo i poteri necessari sostanziali per gestire una pandemia.

³⁰ Suscettibile, pertanto, di scatenare “effetti di sistema”. Cfr. A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all’emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021, 25 ss.

stesse, ignorando il principio costituzionale della differenziazione territoriale e quello di rilevanza costituzionale della leale collaborazione³¹. Ciò preclude la possibilità di configurare un modello istituzionale centro-periferia di natura cooperativa e realmente unitario³². Infatti, una fattispecie emergenziale non potrebbe certamente giustificare l'attribuzione di "poteri impliciti"³³ allo Stato eluendo l'architettura costituzionale complessiva.

Abstract

La pandemia da Covid-19 ha causato alcuni conflitti istituzionali tra Stato e Regioni a proposito della competenza dei Governi regionali ad adottare misure per contrastare l'emergenza pandemica. Con la sentenza n. 37/2021, la Corte costituzionale ha statuito l'esclusiva competenza dello Stato a legiferare. La nota ne ripercorre sinteticamente i passaggi più significativi e si propone di sviluppare considerazioni sull'opportunità di una opportuna leale collaborazione nel rapporto centro-periferia per una gestione più condivisa dell'emergenza epidemiologica.

On the ownership of competences in the field of sanitary emergency.
The Constitutional Court sentence no. 37/2021

The Covid-19 pandemic has caused some institutional conflicts between State and Regions regarding the competence of regional governments to take measures to counter the pandemic emergency. In its judgment no. 37/2021, the Constitutional Court ruled that the State had exclusive jurisdiction to legislate. The note summarizes the most significant passages and aims to develop considerations on the desirability of a loyal collaboration in the center-periphery relationship for a more shared management of the epidemiological emergency.

³¹ Definito un mero "valore ornamentale" da 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 www.forumcostituzionale.it, n. 2/2021, 22.

³² Ciò proprio in considerazione della natura concorrente della protezione civile e della tutela della salute non armonizzate con il principio della leale collaborazione. Su questo cfr. M. RUBECHI, *Due "nuove" rondini... fanno primavera? Considerazioni su recenti tendenze del regionalismo italiano*, in www.federalismi.it, n. 10/2021, 15.

³³ Cfr. M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in www.giurcost.org, n. 1/2021, 334 ss.

Recensioni

Recensione ad Alberto Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021

di Lucio Iannotta

Il libro costituisce una interessantissima riflessione su una nuova possibile forma di esercizio del potere.

Il lavoro prende le mosse dalla c.d. *nudge theory* o teoria della spinta gentile, formulata da due studiosi statunitensi, Richard H. Thaler, economista comportamentale e Cass R. Sunstein, giurista, i quali – muovendo dalle premesse che non esiste decisione senza contesto e che le persone, nel decidere, incorrono, spesso, secondo i risultati raggiunti dalle scienze comportamentali, in distorsioni cognitive ed errori – sostengono che è possibile, attraverso un'appropriata costruzione del contesto (detta anche architettura delle scelte), spingere (incoraggiare, pun-golare) le persone ad assumere decisioni (e comportamenti) volti ad aumentare il proprio benessere e ad incidere positivamente anche sul benessere collettivo. Le persone restano libere di agire, in quanto il decisore di contesto, c.d. *nudger* (che può essere pubblico o privato), non stabilisce né divieti, né obblighi; né sanzioni in caso di violazioni; né incentivi o premi in caso di adeguamento della condotta a quella suggerita. La teoria, definita dagli stessi autori paternalismo libertario (paternalismo perché induce le persone a compiere scelte incoraggiate dal *nudger*; libertario perché si rimette alla libertà delle persone), ha sollevato problemi di ordine etico, per la potenziale sostituzione del *nudger* all'individuo nella scelta dei fini da perseguire, di compatibilità con la garanzia della libertà delle persone e con i capisaldi della democrazia, di rischio di superamento del confine tra incoraggiamento e manipolazione delle coscienze, di contrasto, almeno apparente, con il carattere coercitivo ritenuto proprio del diritto. Della *nudge theory*, ricorda l'Autore, si è tuttavia già fatta applicazione concreta in vari paesi, *in primis* Stati Uniti e Gran Bretagna; e se ne rinvergono casi anche nell'esperienza italiana. Le pubbliche amministrazioni già fanno scelte e adottano decisioni di costruzione del contesto (anche se queste non sempre sono facilmente individuabili, in quanto sono spesso incorporate a loro volta in atti che si occupano di altro) che, incoraggiando a compiere determinate scelte, sono finalizzate al perseguimento di interessi pubblici: salute, ambiente, tutela delle persone vulnerabili, etc.. Si tratta, evidenzia l'Autore, di una nuova peculiare modalità di esercizio della funzione amministrativa, che dà vita ad una nuova peculiare tipologia di atti amministrativi, vale a dire le decisioni di contesto, che si contraddistinguono per essere frutto dell'applicazione di teorie e paradigmi desunti dalle scienze comportamentali, per il fatto di non produrre effetti autoritativi diretti nei confronti dei destinatari,

bensì effetti materiali, esistenziali, per la possibilità di utilizzare un'ampia varietà di strumenti esecutivi, quali scritti, immagini, suoni.

L'Autore parte dalla definizione di *nudge* offerta da Thaler e Sunstein «*qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile senza proibire alcuna opzione o modificare in misura significativa gli incentivi economici*» al centro della quale vi è la relazione di interdipendenza tra agenti umani, rilevando che tale relazione, da sola, non è sufficiente, per la sua genericità, a superare la soglia della giuridicità. Mentre è di sicuro rilievo giuridico la relazione di interdipendenza asimmetrica, caratterizzata da un agire (quello del *nudger*) che *si realizza in modo organizzato, razionale* (applicando conoscenze e metodi scientifici) *sistematico e continuativo nei confronti di una pluralità di soggetti* che, qualora sia adottato da soggetti pubblici ed in particolare da pubbliche amministrazioni, assume le caratteristiche dell'esercizio di un potere, sfuggente dal punto di vista formale, ma pregnante da quello sostanziale, che ripropone, in forme nuove, il dualismo tra forma e sostanza e, con esso, il rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati e, più in generale, la dialettica tra autorità e libertà.

L'Autore perviene così ad una prima riformulazione del concetto di *nudge*, funzionale a delimitare l'oggetto dell'indagine giuridica e a individuarne i profili problematici, secondo la quale si intende per «*nudge qualunque decisione assunta da una organizzazione in applicazione di conoscenze e metodi tratti dalle scienze comportamentali volta a definire condizioni di contesto tali da indurre i soggetti, che nel contesto operano, ad assumere senza costrizioni la decisione voluta dal decisore*». La definizione proposta consente, secondo l'Autore, di esaminare, in un'ottica più strettamente giuridica, i profili problematici che derivano dal *nudge* in rapporto all'etica, alla libertà, e al suo possibile contrasto con il principio di trasparenza, che è, notoriamente, uno dei principi cardine della funzione amministrativa e di affrontare il nodo problematico, centrale e primario, della *nudge theory*, che è quello della compatibilità con il diritto.

In presenza di uno strumento, quale è il *nudge*, di *regolazione e di azione dei pubblici poteri*, nuovo e *diverso dagli strumenti, ben noti e collaudati quanto a presupposti, contenuti ed effetti* il giurista, precisa l'Autore, «*può assumere tre diversi atteggiamenti: ignorare la novità, rifiutarla, oppure tentare di indagarla per proporre una ricostruzione che possa essere utile per governare e utilizzare il nuovo strumento regolatorio*».

L'Autore ha scelto il terzo atteggiamento, confrontandosi con una forma nuova di esercizio della funzione amministrativa, nel tentativo di verificarne la compatibilità con l'ordinamento giuridico, in una dimensione, al tempo stesso, nuova e rispettosa della tradizione letta in chiave evolutiva.

L'Autore ritiene che non sia sufficiente affermare la compatibilità con il diritto della *nudge regulation* in base alla sola libertà degli individui di aderire o meno alle scelte suggerite, ma ritiene anche che vada respinta la tesi dell'incompatibilità assoluta *nudge*-diritto, a fronte di teorie e risultati, delle scienze

comportamentali e cognitive, che metterebbero nelle mani dei pubblici poteri uno strumento utile per orientare le condotte umane al perseguimento di fini di interesse pubblico, consentendo alle persone di adeguarsi alle decisioni suggerite dal *nudger* pubblico.

L'Autore pertanto individua come punto di grande rilevanza, nella prospettiva dell'analisi giuridica, il collegamento della nuova forma di regolazione e di azione dei pubblici poteri con il tema dell'effettività del diritto, centrale, in un ordinamento, quale è quello attuale, improntato ai principi giuridici dell'effettività e dell'efficacia dell'azione amministrativa, alla luce dei quali si è sviluppato, tra gli studiosi del diritto amministrativo, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, un intenso dibattito sulla c.d. amministrazione di risultato. Alcuna incompatibilità vi è dunque, secondo l'Autore, tra *nudge* e sistema giuridico ed anzi la *nudge regulation*, consentendo di perseguire l'effettività/efficacia dell'ordinamento, talvolta in modo più efficace della tradizionale regolazione, basata su *law as guidance*, può sicuramente coesistere con quest'ultima.

L'azione amministrativa, attraverso il *nudge*, in quanto costituisce forma di influenza sulle scelte e sui comportamenti delle persone in un determinato contesto decisionale, rappresenta un fenomeno che può essere ricondotto all'esercizio del potere. Si tratta, secondo l'Autore, del c.d. *power of influencing*, che concorre a costruire una diversa nozione di potere, nell'ambito delle relazioni di interdipendenza tra soggetti, riconducibile al terzo tipo di potere, individuato da Foucault accanto a quello normativo e a quello disciplinare (fondati su *command and control*), vale a dire il c.d. potere governamentale.

È un potere che influenza intenzionalmente le azioni altrui, con concrete possibilità di successo, ed è volto ad indirizzare le azioni in una certa direzione, per il raggiungimento di uno scopo proprio di chi esercita il potere, ben può essere tradotto in istituti giuridici tradizionali, quali l'ufficio, il procedimento, il provvedimento, etc.. Esso non appare invece corrispondente alla tradizionale nozione di potere giuridico quale potere produttivo di effetti giuridici autoritativi. Ma, secondo l'Autore, «*In presenza di un dato di fatto, ossia la possibilità di utilizzare sulla base dei risultati che ci insegnano le scienze comportamentali, una tecnica di regolazione, qual è il nudge, che è in grado di influenzare le scelte dei destinatari sulla base di previsioni scientificamente attendibili circa il fatto che il comportamento dei destinatari si unifornerà a quello suggerito dal nudge pubblico e in presenza di un dato giuridico costituito dalla indubbia rilevanza del principio di effettività/efficacia dell'azione amministrativa, ricavabile dal diritto positivo vigente, non si può non riconoscere piena rilevanza giuridica al potere amministrativo che si esercita attraverso la predisposizione di contesti decisionali volti ad indirizzare in una certa direzione le scelte delle persone che operano dentro il contesto. Sicché potere amministrativo in senso giuridico non sarà più solo quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto giuridico autoritativo ma anche quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto nella realtà materiale*».

Nell'uno e nell'altro tipo di potere, si sarà comunque in presenza di esercizio della funzione amministrativa volta alla cura dell'interesse pubblico con la conseguente applicazione, in via generale, delle regole formali e sostanziali che ne disciplinano lo svolgimento.

In relazione al c.d. *power of influencing*, il principio di legalità dell'azione amministrativa assume, secondo l'Autore, connotati diversi da quelli tradizionali. In effetti il principio di legalità ha subito, negli anni, significativi cambiamenti, dal momento che viene sempre più in rilievo l'esigenza che l'esercizio del potere sia correttamente finalizzato al raggiungimento degli obiettivi prefissati, ossia alla cura dell'interesse pubblico affidato, rispetto al fatto che il potere sia espressamente conferito dalla legge o che i presupposti del suo esercizio siano più o meno puntualmente predeterminati dalla legge stessa.

In tale modello di legalità, nel quale è centrale la relazione potere amministrativo-cura dell'interesse pubblico, emergono poteri impliciti, che possono essere individuati anche attraverso il combinarsi di elementi diversi quali: l'essere, il potere implicito, necessario al perseguimento dell'interesse pubblico, compatibile con i poteri espressamente attribuiti all'amministrazione, giustificabile attraverso una interpretazione teleologica e sistematica delle norme di riferimento.

Allorché manchi una base legislativa che conferisca espressamente alla pubblica amministrazione il *power of influencing*, quest'ultimo si presenta, secondo l'Autore, come potere implicito, di cui va verificata comunque l'ammissibilità, alla luce appunto dei predetti canoni di legittimazione.

La differenza essenziale della *nudge regulation* rispetto al potere tradizionale sta quindi, secondo l'Autore, sia nel fatto che essa produce effetti materiali sui comportamenti delle persone sia anche nel fatto che, di fronte all'esercizio del *power of influencing*, le persone rimangono libere di orientare le proprie scelte e di adottare qualsiasi comportamento, senza soggiacere ad alcuna sanzione.

Per poter utilizzare il *nudge* e quindi esercitare il *power of influencing* quale potere implicito, corrispondendo in pieno al principio di legalità finalisticamente inteso, è necessario, secondo l'Autore, che le pubbliche amministrazioni diano vita ad una decisione di natura politico-amministrativa, oltre che strategica, con l'adozione previa di un atto di indirizzo, da parte dell'organo di vertice. Ora, dal momento che si tratta dell'adozione di un atto presupposto all'esercizio di un potere (implicito), condizione essenziale per l'utilizzo in concreto del *nudge* da parte degli organi di gestione, è necessario che tale atto di indirizzo sia aperto, nella più ampia misura possibile, alla partecipazione, per corrispondere alle imprescindibili esigenze ordinarie di trasparenza.

I risultati raggiunti nell'indagine condotta a partire dalla *nudge theory* si possono pertanto così riassumere: ingresso nell'analisi giuridica del potere governamentale (di cui la *nudge regulation* costituisce esempio) in quanto interamente riconducibile nell'ambito del *power of influencing*; riconduzione alla figura

del potere amministrativo in senso giuridico della *nudge regulation* quale potere produttivo di effetti nella realtà esistenziale delle persone; qualificazione del *power of influencing* come possibile potere implicito, enucleabile dalla attribuzione, con legge, all'amministrazione, di un potere espresso di diverso tipo, per la cura di un interesse pubblico; necessità di una previa decisione politico-amministrativa dell'organo di vertice come condizione necessaria per l'esercizio del potere implicito e l'adozione della decisione di costruzione del contesto, da parte degli organi di gestione; garanzia della più ampia partecipazione di tutti i possibili interessati all'adozione dell'atto di indirizzo politico-amministrativo.

I rilevanti risultati raggiunti sono suscettibili di ulteriori sviluppi consistenti ad esempio, secondo le indicazioni dello stesso Autore, in una nuova riflessione sul principio del buon andamento, come adeguatezza e idoneità a raggiungere il risultato voluto.

Note sugli autori:

Emanuela Concilio

Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università di Napoli Suor Orsola Benincasa

Ana Carmona Contreras

Catedrática de Derecho constitucional en la Universidad de Sevilla

Lavinia Filieri

Dottoranda in Studi sulla criminalità organizzata nell'Università degli studi di Milano

Lucio Iannotta

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "L. Vanvitelli"

Marco Mandato

Consigliere parlamentare all'Assemblea Regionale Siciliana

Guido Rivosecchi

Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Padova

Anna Simonati

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Trento

Federico Spanicciati

Dottore di ricerca in Scienze del Governo e delle Istituzioni nell'Università di Roma Tre

Marco Tiberii

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "L. Vanvitelli"

Maria Francesca Tropea

Dottore di ricerca in Istituzioni e impresa: valore, regole e responsabilità sociale – Business and Law nell'Università degli studi di Brescia

Jacopo Vavalli

Docente di appalti e contratti pubblici presso la SNA-Scuola Nazionale dell'Amministrazione

Francesco Zammartino

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Napoli L'Orientale

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI NOVEMBRE 2021
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI