

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXX

NUOVA SERIE

3/2021

Editoriale Scientifica



Università degli Studi di Palermo  
Dipartimento di Giurisprudenza

## NUOVE AUTONOMIE

Rivista fondata da Guido Corso, Franco Teresi e dall'Editore Danilo Pupillo

### CODICE ETICO

Il Codice etico della Rivista “Nuove Autonomie” si ispira alle vigenti linee guida adottate dal *Committee on Publication Ethics (COPE)*, reperibili alla seguente pagina web: <https://publicationethics.org/guidance/Guidelines>.

La Rivista favorisce l'indipendenza della ricerca, condanna il plagio e la violazione del copyright, richiede e promuove contributi scientifici originali, si impegna a correggere gli errori negli articoli pubblicati e a garantire, ove necessario, il ritiro degli stessi. Si dichiara altresì aperta a tutte le forme di promozione della cultura giuridica e della ricerca, anche tramite l'*open access*.

La Rivista accetta solo lavori inediti e non sottoposti ad altre Riviste nazionali. Si avvale del procedimento di revisione secondo i criteri stabiliti dal Regolamento.

Le procedure di revisione sono improntate ai principi di trasparenza e non discriminazione, autonomia dei revisori e assenza di conflitti di interesse.

I manoscritti ricevuti per la revisione non sono mostrati o discussi con chi non sia previamente autorizzato dalla Direzione.

### CRITERI DI REVISIONE

#### Valutazione preliminare

Ciascun lavoro proposto per la pubblicazione nella Rivista “Nuove Autonomie” è vagliato preliminarmente dalla Direzione per rilevarne l'attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della Rivista, nonché la qualità scientifica adeguata a consentire la sottoposizione al procedimento di revisione.

#### Revisione anonima

Se la valutazione preliminare ha esito positivo, il contributo viene sottoposto al procedimento di revisione tra pari (*double blind peer review*). Viene inviato dalla Direzione in forma anonima, dopo aver eliminato tutti i riferimenti che possano determinare la riconoscibilità, a due referee, di cui almeno un esperto esterno alla Direzione ed agli altri Organi della Rivista. Il secondo referee può anche essere un componente del Comitato scientifico.

Nel caso in cui il Direttore responsabile o uno dei componenti della Direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà seguita dagli altri componenti o dal Direttore responsabile, garantendo l'anonimato dell'autore e del referee.

In via eccezionale, la Direzione può decidere la pubblicazione di contributi considerati particolarmente significativi senza sottoporli a referaggio, segnalando la circostanza in una nota nella prima pagina del contributo.

L'eventuale editoriale all'inizio di un fascicolo e le recensioni di volumi non sono sottoposti alla procedura di revisione anonima tra pari.

#### Elenco dei referee

I referee sono scelti dalla Direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dalla stessa. L'elenco è composto da professori di Università italiane ed estere, in servizio o in pensione, e da altri studiosi di indiscusso prestigio.

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXX – Nuova serie  
N.3/2021 (settembre-dicembre)

## INDICE

### SAGGI

LOREDANA GIANI

*L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato:  
spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti* 551

FABIO SAITTA

*Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica* 583

GIUSEPPE TROPEA

*La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della  
frontiera* 633

MARCO GALDI

*Il terzo mandato del Presidente di regione di fronte al limite dei principi  
fondamentali stabiliti con "legge della Repubblica"* 647

VALENTINA GIOMI

*Giudice contabile e decisione amministrativa di transigere: fra burocrazia  
difensiva e rischi percepiti* 663

CHIARA GIOÈ	<i>Sull'applicabilità in materia tributaria della penalità di mora prevista dal codice di procedura civile</i>	703
CLARA NAPOLITANO	<i>La revoca: profili di un potere di amministrazione attiva</i>	721
VALERIA RITA AVERSANO	<i>Il Segretario comunale nel prisma del principio di legalità. Brevi note in tema di funzioni e di operatività nel contesto della gestione commissariale ex art. 141 d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267</i>	751
FELICE BLANDO	<i>Stato, emergenza e diritto alla vita</i>	765
DARIO CAPOTORTO	<i>Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica</i>	799
LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA		
LAURA LORELLO	<i>Alcune osservazioni sull'effettività del principio delle pari opportunità</i>	825
FABRIZIO TIGANO	<i>Considerazioni critiche sul riparto di giurisdizione in materia di revoca dei finanziamenti pubblici: in particolare, il caso delle fattispecie assimilate agli accordi previsti dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241</i>	841
MARCO CECILI	<i>L'appello avverso il decreto cautelare monocratico ex art. 56 c.p.a.: una lettura costituzionalmente orientata a garanzia del principio di effettività della tutela</i>	859
SILIA GARDINI	<i>Riflessioni sulla cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo</i>	881

ANTON GIULIO PIETROSANTI  
*Verso una graduale “responsabilizzazione” dello Stato (legislatore)?* 905

VINCENZO MITRA  
*Trasparenza sospesa e accesso negato nell'epoca della pandemia da coronavirus* 921

## RECENSIONI

LOREDANA GIANI  
*Spunti di riflessione dalla lettura del volume: “L’abuso d’ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020”, di Sergio Perongini* 953



*Saggi*



# L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti\*

di Loredana Giani

SOMMARIO: 1. Verso la ricerca di una amministrazione appropriata e di una funzione adeguata. – 2. La polisemia del Comune: il territorio. – 2.1. Territorio, città e rapporto tra autorità e diritti. – 2.2. Dal diritto nella città al diritto alla città sostenibile. – 3. Alla ricerca della appropriatezza organizzativa e funzionale. – 4. Verso l'appropriatezza del Comune. – 5. Azione, organizzazione e funzione amministrativa. – 6. L'azione e la funzione amministrativa locale nella *governance* complessiva a rete. – 7. Il risultato. La misura dell'azione amministrativa: dall'efficienza all'appropriatezza sostenibile.

## 1. *Verso la ricerca di una amministrazione appropriata e di una funzione adeguata*

La crisi pandemica, e soprattutto le reazioni ad essa, hanno posto maggiore enfasi su una tematica, molto delicata e da tempo approfondita in diversa prospettiva dalla dottrina, relativa al ruolo delle pubbliche amministrazioni, e in particolare del “Comune”, che nel contesto del complesso andamento delle dinamiche istituzionali sono state vittime, o protagoniste, di ondate riformatrici che ne hanno ridisegnato ruoli e funzioni, rideterminato le capacità finanziarie, e con particolare riferimento al Comune, ne hanno condizionato il ruolo di garante dei diritti sul territorio<sup>1</sup>. Processi che, basti pensare al decentramento e alle spinte federaliste, hanno determinato una (non compiuta) ridefinizione della mappa funzionale delle amministrazioni<sup>2</sup> cui, però, non ha corrisposto una riscrittura delle matrici organizzative e della (presupposta e condizionante) redistribuzione delle risorse, in modo da garantire un esercizio appropriato della funzione, dove l'appropriatezza, come si avrà modo di dire nel prosieguo del presente lavoro, si riferisce non solo al “risultato”<sup>3</sup>, ma anche a tutti gli elementi che ne rappresen-

---

\* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Maria Luisa Bassi*.

<sup>1</sup> Si v., nella prospettiva europea, R. MAGLIANO, *La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione Europea*, in *Dir. comm. int.*, 2021, 1057 ss.

<sup>2</sup> Particolarmente critica è la chiave di lettura offerta da G. BERTI, *Nuovi diritti e continuità degli Stati (riflessioni e interrogativi)*, ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, 2018, 431 ss., 435, per il quale il diritto pubblico ha fallito, non ha difeso la democraticità dell'insieme e non ha garantito neppure i singoli e le loro libertà.

<sup>3</sup> Sulla teoria del risultato amministrativo, declinata secondo diverse dimensioni, fino a divenire parametro di valutazione dell'attività amministrativa, confr., *ex multis*, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, 107 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, 127 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'amministrazione alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e Soc.*, 2000, 101 ss.; Id., *Intro-*

tano il presupposto logico e imprescindibile<sup>4</sup>. Muovendo per gradi, nell'intento di definire un quadro di contesto di riferimento nel quale inserire le riflessioni

---

*duzione al diritto amministrativo*, Bari, 2014, 149 ss.; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, il quale, spostando condivisibilmente l'attenzione dal solo momento della decisione alla fase antecedente alla decisione, individua, in linea con la prospettiva avanzata, ad esempio, da M. Cammelli, op. cit., (122), il risultato con una valenza molteplice, «come elemento di conformazione e funzionalizzazione dell'operato della pubblica amministrazione verso il soddisfacimento delle istanze sociali, sia soprattutto, come criterio interpretativo delle regole di comportamento dell'amministrazione in modo da giungere alla individuazione di quella (applicabile alla fattispecie concreta) che possa assicurare (la vigenza di) un assetto di interessi accettabile (oltre che da un punto di vista di legittimità formale, anche) da un punto di vista della giustizia sostanziale» (176); L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 1998, 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 1999, 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Milano, 2000, 37 ss. che per amministrazione di risultato intende «l'amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi alle comunità e alle persone e a farlo presto, bene ed economicamente, oltre che in modo trasparente»; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, cit.; in particolare 72; G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 33 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2007, 63 ss.; F.G. COCCA, *Attività amministrativa*, ad vocem, in *EdD*, agg. VI, Milano, 2000, 75 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003. Confr., altresì, M. IMMORDINO A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, e in particolare, *ex multis*, i contributi di A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*; M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalidità e risultato*; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo*; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*; G. CORSO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*; A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*; D. SORACE, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*; S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*; A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*; D. D'ORSOGNA, *Una terapia sistemico-relazionale per la pubblica amministrazione: l'operazione amministrativa*; L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*; M.R. SPASIANO, *Organizzazione e risultato amministrativo*; N. PAOLANTONIO, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*; C. MARZUOLI, *Brevi note in tema di controllo di gestione e amministrazione di risultati*, S. RAIMONDI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*.

<sup>4</sup> Emerge, in una chiave moderna, la necessità di ripensare il tema del coordinamento, su cui, *ex multis*, G. CORREALE, *Notazioni minime su coordinamento e paraggi*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 73 ss., 79, il coordinamento avviene e si perfeziona in figure e comportamenti successivi; obbligato è il rinvio a V. BACHELET, *Coordinamento* ad vocem, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1964, 630 ss., 635; G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982, 141 ss. che sottolinea la necessità di abbandonare lo schema della decisionalità solitaria; F. G. COCCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *La convivenza nella libertà. Studi in onore di G. Abbamonte*, Napoli, II, 1999, 1261 ss.

sul momento istituzionale, e in particolare sul Comune che, soprattutto nel contesto del PNRR, è chiamato ad un ruolo chiave nel processo di cambiamento, in via del tutto preliminare, occorre evidenziare come lo stesso termine “comune” sottenda tre questioni semantiche riconducibili al Comune come istituzione e che rinviano a tre livelli interconnessi di analisi.

Il primo dato semantico è evidentemente correlato alla dimensione espressa dall'aggettivo, che rinvia alla pertinenza rispetto a una comunità organizzata e che a sua volta richiama la seconda dimensione legata alla stessa etimologia del termine – *communis* – cioè che partecipa a una carica in maniera congiunta; l'ultima correlata al luogo che ha una duplice valenza: territoriale e istituzionale<sup>5</sup>.

Il richiamo a queste dimensioni consente di individuare la pluralità dei livelli di analisi che intercettano il “contesto” e, dunque, il territorio, in quanto luogo di espressione del bisogno, luogo della comunità e, quindi, anche destinatario degli interventi pubblici e privati; “l'azione” dei diversi soggetti (pubblici e privati) operanti sul territorio e, dunque, l'azione in un contesto multilivello e multi attoriale proprio e peculiare di un sistema di *governance a rete*<sup>6</sup>; e da ultimo il “risultato”<sup>7</sup>, inteso in una dimensione composta, in cui il riferimento alla decisione intesa nella sua giuridicità, riferita anche alla definizione di uno specifico assetto di interessi, si pone come il frutto di un processo che è espressione della dialettica tra organizzazione e funzione e, dunque, anticipando il percorso che si intende seguire nelle presenti riflessioni, un processo inteso in termini di una organizzazione prima, e di una azione dopo, che portano a una decisione amministrativa “appropriata” e “adeguata”<sup>8</sup>.

Ed è proprio da questa polivalenza, a mio avviso, che occorre prendere le mosse per indagare, interpretare e guidare le traiettorie sviluppo sostenibile e di innovazione sociale dei territori e definire le linee di fondo sulla cui base individuare il ruolo dell'azione di *governance* (territoriale) rispetto ad esse<sup>9</sup>, anche

<sup>5</sup> Si v. S. STAIANO, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi*, 2021, iv ss., che osserva che piano istituzionale e territoriale vivono anche in una relazione asincrona.

<sup>6</sup> Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *Dalla multilevel governance alla governance reticolare. Esigenze dei territory, capability e appropriatezza degli interventi*, in *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Napoli, 2021, 463 ss.

<sup>7</sup> In aggiunta agli autori richiamati in precedenza, cfr. J.-E. LANE, *L'evoluzione della pubblica amministrazione: dall'approccio 'amministrativo' all'approccio 'manageriale'*, in *Probl. amm. pubbl.* (Formez), 1995, 441 ss.

<sup>8</sup> Emerge la concezione offerta da F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, ora anche in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 869 ss., 921, per il quale la sintesi ottimale è rappresentata dalla libertà attiva e da una nozione di partecipazione che va al di là delle notazioni offerte dal dato positivo.

<sup>9</sup> Cfr. M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, ora anche in *Scritti giuridici*, II, 1996, 771 ss., 776, il materiale di studio della scienza del diritto amministrativo valuta i territori di vita sulla base delle norme, applicando ed interpretando l'esistente; G. COLOMBINI (a cura di), *Le politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma*

alla luce delle dinamiche innestate dal PNRR. Un ruolo che, evidentemente, non può essere confinato in uno sterile, e alcune volte decontestualizzato, elenco di materie, redatto in modo certosino, finalizzato, però, almeno dichiaratamente a garantire quella eguaglianza sostanziale tra i territori secondo un modello antico e che si pone come antitetico alla stessa autonomia. Autonomia che, invece, dovrebbe essere intesa come chiave di lettura e di estrinsecazione delle stesse capacità che il territorio esprime, dunque, funzionalmente diversa, rispondente a una logica che richiede che per la garanzia (reale) dell'eguaglianza (e dell'equità), muovendo dalle differenze, si individuino percorsi e strategie atti a declinare la matrice solidarista del nostro impianto costituzionale<sup>10</sup>. Un ruolo di efficacia (direi appropriatezza) dell'azione della istituzione, e dunque del Comune, che non può essere potenziato solo attraverso il ricorso a una finta panacea semplificatoria. Si tratta di una esigenza ancor più viva e avvertita, oggi, proprio alla luce della redazione del PNRR che (ri)propone una prospettiva che, da un lato, eleva proprio il territorio, o meglio i territori (quali centri di espressione del bisogno, e dunque di individuazione delle coordinate fattuali sulle quali poter individuare, costruire le linee di sviluppo della funzione pubblica) a elemento centrale dello sviluppo<sup>11</sup>, ponendoli al centro delle azioni e politiche di intervento, rendendoli e riconoscendoli come principali attori (assieme al momento istituzionale) della sostenibilità e della resilienza che sono dimensioni ad essa logicamente correlate. Dall'altro, riconosce la necessità di riforme abilitanti che, però, non possono essere considerate in maniera riduttiva, come del resto confermato dal fatto che non è certamente casuale che il PNRR declini gli obiettivi in termini di riduzione dei divari (di genere, generazionale e territoriale).

## 2. *La polisemia del comune: il territorio*

Seguendo questa linea di indagine, il primo elemento che può servire da traccia per la individuazione di un percorso di approfondimento del ruolo degli enti territoriali e locali, e in particolare dell'ente comunale, è suggerito dalla richiamata polisemicità del termine “comune”, che apre un ampio ventaglio

---

*possibile*, Napoli, 2011; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, R. DIPACE, A. IACOPINO, *Models and instrument of cooperation between Institutions, Regions and Territories*, in *Federalismi*, 2018, 2 ss., 5; E. CARLONI, *Ripensare le istituzioni ai margini. I limiti della governance territoriale, tra specialità urbana e aree interne*, in *Ist. fed.*, 2020, 323 ss.; L. GIANI, *Dalla multilevel governance alla governance reticolare. Esigenze dei territory, capability e appropriatezza degli interventi*, cit.

<sup>10</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni di D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2014.

<sup>11</sup> F. BUTERA, *Governance policentrica partecipata del PNRR e Patti Territoriali per il lavoro*, in *Riv. el. Dir. econ. Manag.*, 2021, 9 ss.; M. GUIDI, M. MOSCHELLA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2021, 406 ss., 412.

di prospettive di analisi e che, come anticipato, presenta un minimo comune denominatore rappresentato dallo stesso dato territoriale che è l'elemento di riferimento dell'ente<sup>12</sup>, nonché il dato di fisicità rispetto al quale l'aggettivo (con tutto ciò che ad esso può essere correlato, basti pensare alle sole dinamiche partecipative) dovrebbe, nella prospettiva esaminata in questa sede, trovare la sua naturale estrinsecazione.

E, così, viene in rilievo l'imprescindibile rapporto che lega il Comune, come entità istituzionale di primo livello, e il dato territoriale che è il luogo sul quale l'aggettivo "comune" trova la sua collocazione e che rappresenta il riferimento concreto, materiale e misurabile tanto della dimensione legata alla comunità, quanto della dimensione legata al risultato<sup>13</sup> dell'attività dell'istituzione.

### 2.1. Territorio, città e rapporto tra autorità e diritti

In questo contesto, il primo elemento su cui soffermare l'attenzione è rappresentato proprio dal rapporto territorio, autorità, diritti, che ha profondamente risentito delle spinte provenienti dal mercato che hanno portato a un graduale e differente assemblaggio di elementi che sono all'origine di un adeguamento evolutivo dei modelli e delle stesse funzioni delle autorità territoriali che, come è accaduto per gli stessi Stati nazionali, su diversa scala hanno endogenizzato nuove geografie di potere, che in parte hanno comportato uno slittamento del potere stesso verso diversi attori, anche non istituzionali<sup>14</sup>, in linea con una deterritorializzazione, più o meno marcata, delle stesse pratiche di cittadinanza.

Non è un caso che parte della dottrina, proprio nel riflettere su questo rapporto, ha sottolineato che «*la redistribuzione del potere nello Stato è una conseguenza di cambiamenti nell'economia politica sia nazionale sia internazionale, ma è anche costitutiva di quei cambiamenti*»<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Sul tema, in termini generali, si v. la nota analisi di G. PASTORI, *Le regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, 1980, ora anche in *Scritti scelti*, I, Napoli, 2010, 261 ss., che sottolinea la discrepanza tra programmato e attuato rispetto al ripensamento dei rapporti tra territori e funzioni.

<sup>13</sup> H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo* (trad. it.), Bologna, 1967, 112 ss. il quale sottolinea come la nozione di risultato riferibile alle decisioni pubbliche non sia immutata, poiché varia rispetto al tempo, al contesto istituzionale e ad altri fattori non prevedibili, né preventivabili. La differenza che intercorre tra le diverse connotazioni di risultato – atteso che potrebbe porsi l'ipotesi di diversi obiettivi confliggenti tra loro, ma tutti legittimamente perseguibili – incide sul piano sociale e sul ruolo stesso che il potere, di volta in volta, assume.

<sup>14</sup> Si pensi al tema del lobbying e dei gruppi di pressione rispetto all'incidenza nelle decisioni pubbliche, come osserva P.L. PETRILLO, *L'irresistibile (e impossibile) regolamentazione delle lobbies in Italia*, in *An. Giur. econ.*, 2013, 465 ss.; di recente, M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 871 ss.

<sup>15</sup> Il richiamo è alle riflessioni di S. SASSEN, in particolare l'analisi svolta in *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008, (per il richiamo nel testo, 218) che, nel riflettere sulle trasformazioni indotte sui sistemi esistenti dalle dinamiche manifestamente globali e

In questa prospettiva, pare evidente che motore del cambiamento, ed elemento ineludibile per la sua corretta interpretazione, sia il dato della complessità, fattore determinante anche dello stesso processo di redistribuzione del potere all'interno dello Stato e delle stesse amministrazioni, che ha comportato la progressiva erosione (e in alcuni casi la decisiva metamorfosi) delle formule tradizionali della stessa organizzazione pubblica.

E, così, nel contesto della dimensione organizzativa del territorio, da un lato la complessità, dall'altro la deregolamentazione, frutto più evidente della prima e anch'essa riconducibile al dato originario del mercato, hanno comportato uno spostamento del potere verso centri di aggregazione di regolazione anche esterni alla tradizionale dinamica organizzativa istituzionale, rispetto ai quali si sono registrati, in ragione del (naturale) disequilibrio tra gli elementi della complessità, *deficit* democratici più o meno evidenti dovuti anche alla crescente *tecnificazione*<sup>16</sup> riconducibile a tali processi, che si sono mossi in parallelo alla ridefinizione del confine tra pubblico e privato e dello stesso interesse pubblico nazionale e locale, generando in tal modo uno scollamento tra territorio e istituzione che è risultato la principale ipoteca posta alla effettività dell'azione e a quel naturale rapporto di fiducia che dovrebbe legare cittadini (o meglio persone) e istituzioni.

Un processo di cambiamento particolarmente evidente proprio se si pone mente alle stesse trasformazioni delle forme di *governance*<sup>17</sup>, che da *governance* verticale, si è trasformata secondo un paradigma multilivello, acquisendo gradualmente una dimensione di rete. Espressione, quest'ultima, proprio della complessità nella quale si inserisce il Comune, e, rispetto alla quale si sarebbero dovuti ridefinire i tratti delle competenze, tanto di regolazione tradizionale quanto di definizione del contesto territoriale cui definire anche ruoli e ambiti delle istituzioni<sup>18</sup>, abbandonando il criterio enumerativo delle competenze in favore di un modello più elastico, "adeguato" alle esigenze di quella stessa complessità

---

denazionalizzanti e sul futuro delle «architetture normative e organizzative» che «hanno tenuto insieme complesse interdipendenze tra diritti e doveri, potere e legge, ricchezza e povertà, lealtà e defezione» (5), ne evidenzia la «path dependence», superando quella che in apertura del volume richiamato viene indicata come la «trappola della endogenicità» (7). Una dimensione, del cambiamento, complessa, in cui i singoli fattori non perdono la loro specificità, pur essendo condizionati dal «livello di formalizzazione e istituzionalizzazione» (8). Dunque, una dimensione in cui il territorio, autorità e diritti, «nel corso dello spazio e del tempo (...) sono stati assemblati in formazioni distinte, entro le quali hanno manifestato livelli variabili di prestazione» (8). Un diverso assemblaggio che ha portato a una differente distribuzione del potere. Una riflessione che l'A. sviluppa anche con riferimento alla finanza globale (S. SASSEN, *Fuori controllo. Mercati finanziari contro Stati nazionali: come cambia la geografia del potere*, Milano, 1998).

<sup>16</sup> L. TORCHIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *La tecnificazione* (vol. IV), in L. FERRARA, D. SORACE (coordinato da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016.

<sup>17</sup> L. GIANI, *Dalla multilivell governance*, cit.; L. PASQUI, *Il rapporto istituzione-territorio, oltre le competenze, tra Unione Europea e globalizzazione*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2020, 345 ss.

<sup>18</sup> Si v. F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 3 ss., 10.

che, come sottolineava Morin<sup>19</sup>, in alcun modo vuol dire completezza, in ultima analisi “appropriato”.

## 2.2. *Dal diritto nella città al diritto alla città sostenibile*

Per comprendere la dinamica circolare che lega territorio, autorità e diritti occorre considerare che le città, e più coerentemente lo spazio urbano, nonostante le molteplici pressioni cui sono sottoposti, hanno sempre avuto un ruolo ben preciso nella scala delle gerarchie, anche transazionali, in quanto luogo da cui partono le istanze sociali e luogo su cui dovrebbero atterrare le azioni (pubbliche) che tali istanze dovrebbero soddisfare. Ma in questo si radica il nodo di maggiore problematicità. In primo luogo va evidenziato come lo spazio urbano (e la sua capacità) sia stato in massima parte condizionato dalla misura in cui nel suo (*id est* dello spazio urbano) territorio si sono allocati quegli elementi che hanno avuto un effetto catalizzatore delle risorse e degli investimenti, intesi quali nodi strategici di comunicazione e di scambio intelligenti che sono in rete tra loro, da un lato, e dalla creazione di «*zone di centralità disincorporate (...) che mancano di qualsiasi correlato territoriale*»<sup>20</sup> dall'altro. Una condizionalità economica che non è comunque riuscita ad eliminare la centralità della città, ma che ha però incrementato le differenze con “gli altri centri” penalizzati dall'assenza, o dalla lontananza dalle dotazioni infrastrutturali degli spazi urbani<sup>21</sup>. E occorre, comunque, considerare che in questo contesto le città – soprattutto le grandi città dei paesi altamente sviluppati – si sono manifestate quali luoghi privilegiati di gestione della complessità e i processi di globalizzazione si sono localizzati, aumentando le sfide per i luoghi istituzionali e, dunque, per il Comune. E ciò tanto per quelle aree che hanno dimostrato maggiori capacità attrattive di attività e, dunque, espressione di maggiori potenzialità correlate alla ricchezza, tanto per gli “altri spazi urbani”, seguendo quella inevitabile intersezione tra processi globali e territorio, sebbene secondo logiche ed equilibri diversi che hanno portato a una ridefinizione dei ruoli e a una riscrittura della geografia delle interrelazioni tra le diverse parti del territorio con diverse forme di periferizzazione<sup>22</sup>. E così si è

---

<sup>19</sup> E. MORIN, *Educare gli educatori. Una riforma del pensiero per la Democrazia cognitiva* (a cura di A. MATTINI, Roma, IV rist., 2019, ID, *Introduction à la pensée complexe*, 1990 (trad. it.) Milano, 1993.

<sup>20</sup> Cfr. S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, III ed., Bologna, 2010, 183, sul punto non si possono non richiamare le riflessioni dell'A. che propone dei modelli interpretativi della complessa dinamica dei rapporti tra dimensione globale e concentrazione di alcune funzioni che in certi casi hanno determinato una vera e propria neutralizzazione dello stesso concetto di distanza. Una dinamica che ha fatto sì che la città acquistasse un ruolo centrale nello stesso funzionamento dei processi globali.

<sup>21</sup> Anche con riferimento al ruolo degli attori privati, si v. L. DI SALVATORE, *Un'introduzione allo studio delle reti di imprese come modello di sviluppo per le aree interne*, in questa *Rivista*, 2019, 621 ss.

<sup>22</sup> Rispetto al quale si profila il tema delle infrastrutture in tutta la sua persistente problematicità, come osserva F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie*, in *Munus*, 2017, 121 ss.

registrato, in maniera sempre più evidente, un duplice contrasto interno agli stessi territori<sup>23</sup>, e in particolare alle città<sup>24</sup>. Il primo, se vogliamo esterno alla città, tra diversi centri che, in ragione delle caratteristiche dimensionali, organizzative e delle capacità economiche che esprimono, hanno manifestato una diversa capacità attrattiva di attività economiche e di finanziamenti che, come detto, hanno finito per incidere anche sulla stessa capacità di garantire quegli interventi indispensabili per assicurare effettività agli stessi diritti dei cittadini, allargando, così, i divari tra le diverse aree del paese. Il secondo interno alle stesse città, diventate sempre più sede di grandi contraddizioni e, questo in maniera più evidente nelle grandi città, luoghi in cui si registra una maggiore concentrazione delle fasce svantaggiate che hanno delle loro rappresentanze e richiedono la tutela dei loro diritti. Una caratteristica che ha evidenziato come lo stesso territorio non possa essere considerato un luogo neutrale, risultando un luogo «strategico di una serie di conflitti e contraddizioni»<sup>25</sup> che sono il contesto (della complessità) nel quale il Comune si trova ad operare<sup>26</sup>. Un luogo non neutrale in cui proprio il contrasto tra centro e marginalità rende evidente la rilevanza del dato territoriale inteso come luogo di realizzazione dei diritti, espressione di potenzialità e bisogni; caratteristica che non può essere offuscata aggrappandosi a dematerializzazioni derivanti dall'avanzare del digitale<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, cit., il quale sottolinea, infatti, come «L'acuirsi del divario tra gli estremi, evidente in tutte le maggiori città dei paesi sviluppati, porta a mettere in discussione la nozione di "paesi ricchi" e di "città ricche". Questo fenomeno suggerisce che la geografia della centralità e della marginalità, concepita in passato in termini di dicotomia fra i paesi industrializzati e paesi in via di sviluppo, specialmente all'interno delle loro maggiori città» con una sostanziale «trasformazione nella geografia del centro e della periferia» (241).

<sup>24</sup> Rileva S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, cit., che «Le città si sono affermate come luogo strategico di questi mutamenti. 1. Le città sono i luoghi in cui opera in concreto l'economia globale (...); 2. Nella città si concentra la diversità. (...) possiamo pensare alle città come luogo in cui le contraddizioni create dall'internazionalizzazione del capitale si appianano o esplodono in conflitti aperti. Se consideriamo inoltre che nelle grandi città si concentra anche una proporzione crescente di fasce svantaggiate (possiamo constatare come le città siano diventate il terreno strategico di una serie di conflitti e contraddizioni)» (243-245).

<sup>25</sup> Cfr. S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, cit., 245.

<sup>26</sup> Sul punto cfr. S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, cit., che nella lucida analisi sulla città evidenzia come essa, soprattutto le grandi città, si siano «affermate come il terreno strategico» dei mutamenti originatisi negli anni '80 che l'A. sintetizza in quattro proposizioni: «1. La dispersione territoriale delle attività economiche delle imprese, di cui la globalizzazione è una forma, contribuisce all'accentramento delle funzioni e delle operazioni» e che ha comportato «una nuova logica dell'agglomerazione», «condizione fondamentale per il rilancio della centralità delle città nelle economie avanzate» (239); «2. Il controllo e la gestione centralizzati di una serie di attività economiche territorialmente disperse non sono conseguenza inevitabile di un "sistema mondiale"» (239); «3. La globalizzazione economica ha contribuito alla formazione di una nuova geografia della centralità e della marginalità»; «4. I sistemi urbani transnazionali emergenti stimolano anche la proliferazione delle reti sociopolitiche» (240).

<sup>27</sup> Sul punto, si osserva che tutti i territori sono suscettibili di essere collocati in chiave dematerializzata, come osservato da J.B. AUBY, *Territori rurali e spopolamento*, in *Ist. fed.*, 2020, 537.

E così la città (e, ai fini del discorso che si intende svolgere, lo spazio urbano), come dato territoriale, ma anche come momento istituzionale, si fa carico di nuove sfide, in ragione del suo essere naturalmente oggetto e luogo fisico di realizzazione dei diritti. Un luogo in cui si confrontano, o si scontrano, quelli che Paolo Grossi individua come due pianeti giuridici: quello della proprietà individuale e quello della proprietà collettiva<sup>28</sup>, in un'altra prospettiva, quello del centro e delle periferie.

In questa dimensione, è evidente come il territorio non possa essere considerato come «l'oggetto neutro, valorizzato unicamente dal potere del soggetto proprietario che su di esso si proietta», e la stessa «cosa assurge a valore autonomo in quanto res frugifera, degna di attenzioni e di cure perché, grazie alla sua fertilità, garantisce la sopravvivenza della comunità»<sup>29</sup>. Una prospettiva evidentemente complessa e molteplice, che consente di evidenziare i diversi elementi che ruotano e che gravitano sul territorio, e, di converso, sulla città che, «costituisce il luogo fisico, oltre che giuridico e amministrativo in cui si instaura (o dovrebbe instaurarsi) un collegamento in relazione all'uso collettivo di determinati beni tra la comunità locale e il suo ente esponenziale che esercita il potere sul territorio comunque sui soggetti legati dall'uso comune di beni»<sup>30</sup>.

La centralità della dimensione territoriale emerge con assoluta chiarezza anche nel complessivo impianto programmatico del PNRR e si coglie in particolare in quattro prospettive correlate tra loro:

- l'impianto delle competenze di *governance* e gestione dei programmi, che si traduce in un sistema dialettico multi-attoriale centro-territorio;
- il superamento dei divari – di genere, generazionali e territoriali – al centro della definizione e della articolazione dei programmi e degli obiettivi, *milestones* e *targets* ad essi riferiti, in linea con la stessa Politica di coesione economica, sociale e territoriale che ha, infatti, lo scopo di ridurre le disparità tra le varie regioni e l'arretramento delle regioni meno favorite e, dopo il Trattato di Lisbona, la promozione in generale di uno sviluppo territoriale più equilibrato e sostenibile. E certamente non si può non considerare che a livello nazionale, al di là della integrazione della complessiva programmazione strutturale, proprio nell'ambito del PNRR il 40% delle risorse è “territorializzabile” essendo destinato alle regioni meridionali;
- la promozione di forme strutturate di cooperazione degli attori sociali terri-

---

<sup>28</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2017; ID., *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Milano, 2019; ID., *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, 2021.

<sup>29</sup> Così P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit.

<sup>30</sup> Sul punto cfr. G. IACOVONE, L. GIANI, *Città, reti sociali e rigenerazione urbana: una prospettiva normativa*, in *Settimo rapporto sulle città. Chi possiede la città? Proprietà, poteri e politiche*, Bologna, 2021, 253 ss. Si v. anche il rapporto e i Working papers di Urb@n.it, confluiti in C. PERRONE, B. MASIANI, F. TOSI (a cura di), *La geografia delle politiche urbane tra possesso e governo. Sfide e opportunità nella transizione*, Bologna, 2021.

toriali nella definizione, oltre che nell'attuazione, dei processi, programmi e progetti di innovazione sociale sostenibile;

- l'ulteriore spostamento del *focus* di programmazione sugli *outcome*, che richiama una necessaria co-progettazione e valutazione degli impatti sociali, economici e ambientali delle scelte di intervento, di allocazione delle risorse.

Il territorio, dunque, si pone come luogo in cui atterrano i diritti, o meglio un «diritto alla città»<sup>31</sup> che, come condivisibilmente rilevava una parte della dottrina<sup>32</sup>, si contrappone al «diritto della città», espressione «*di una politica funzionalistica in cui l'individuo e i corpi sociali si riappropriano della città tramite pratiche partecipative e di amministrazione condivisa*», come chiave per la lettura del rapporto tra autonomia e principio democratico.

Ora, senza approfondire ulteriormente quello che è il dibattito teorico sul diritto alla città, teorizzato sul finire degli anni Sessanta in un contesto di riflessione di stampo marcatamente marxista, se neutralizzato attraverso il richiamo al contesto valoriale costituzionale, esso risulta prezioso, soprattutto per comprendere che cosa e quale possa essere il nuovo ruolo degli enti territoriali e degli enti locali, non perdendo di vista quello che è l'attuale disegno normativo delle competenze funzionali riconosciute a ciascun ente operante sullo specifico territorio.

Un elemento significativo può certamente essere rintracciato nelle sollecitazioni provenienti, ad esempio, dalla lettura della *Carta mondiale per il diritto alla città* del 2004 e della *Carta europea della città* del 2008, nonché dal documento *Habitat III* (Quito 2006), che consentono di valorizzare quella connessione funzionale tra territorio, autorità e diritti richiamata in apertura. Basti pensare all'articolo 1

---

<sup>31</sup> Il richiamo è alla ricostruzione di H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Anthropos, 1968; e alle successive elaborazioni e sviluppi contenuti nei volumi ID., *La révolution urbaine*, Gallimard, 1970; ID., *Espace et politique. Le droit à la ville II*, Anthropos, 1972; ID., *La production de l'espace*, Anthropos, 1974; sul tema, e in generale sulla teorica lefebvrina cfr. K. GOONEWARDENA, S. PETRASEK, *Henry Lefebvre e il diritto alla città: storia e teoria, politica*, in *Soc. urb. e rur.* (118), 2019, 12 ss.; F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, Jaco Book, 2019; AA. VV., *La città giusta. Idee di piano e atteggiamenti etici* (a cura di) M. BIANCHETTI DEL GIANO, Milano, 2012; P. MARCUSE, *Beyond the Just City to the Right to the City* (a cura di) P. MARCUSE E AL., *Searching for the Just City*, Londra, 2009. Sul tema della città e sul rapporto con il cittadino non si può non richiamare l'opera di F. BENVENUTI, in particolare, *Il nuovo cittadino tra libertà garantita*, cit.; sempre sul tema della città e dei rapporti con il territorio cfr. anche gli approfondimenti critici svolti da G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi*, 2020; F. GIGLIONI, *Verso un diritto della città. La città oltre il comune*, in E. CARLONI, F. CORTESE (a cura di), *Diritto delle autonomie territoriali*, Padova, 2020, 267 ss.; J.B. AUBY, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2019, 24 ss.; C. DE LUCA, *La ri-generazione urbana come laboratorio di cittadinanza attiva*, in AA. VV., *Ri-conoscere la rigenerazione. Studi giuridici e tecniche urbanistiche*, Rimini, 2018, 309 ss.; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, III, Napoli, 2019, 2005 ss.

<sup>32</sup> A. BARTOLINI, *Recensione* al volume a cura di E. FONTANARI e G. PIPERATA, *Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017, in *Riv. Giur. urb.*, 2017, 157.

della *Carta europea dei diritti umani nella città*, adottata a Saint Denis il 18 maggio del 2000 dalla *Seconda Conferenza europea della città per i diritti umani*, rubricato come *Diritto alla città*, che non si limita a individuare «la città» come «uno spazio collettivo che appartiene a tutti gli abitanti, i quali hanno il diritto di trovarvi le condizioni necessarie per appagare le proprie aspirazioni dal punto di vista politico, sociale ed ambientale, assumendo nel contempo i loro doveri di solidarietà». Ma, in maniera assai significativa ai fini della presente analisi, sottolinea al comma successivo che, «le autorità comunali agevolano con ogni mezzo a loro disposizione il rispetto della dignità di tutti e la qualità della vita dei loro abitanti»<sup>33</sup>. Un nesso tra territorio e istituzioni che delinea un “diritto alla città”<sup>34</sup> che si pone come motore di attivazione e riattivazione dei diritti e doveri connessi alla cittadinanza quindi, per usare le parole di Salvatore Settis<sup>35</sup>, come rilancio di un orizzonte dei diritti civili in un contesto in cui la città diventa essa stessa teatro della democrazia, consentendo di superare quella frizione, diventata incomunicabilità, tra polo sociale polo istituzionale da un lato, e polo sociale e polo politico dall'altro, alimentata da una sempre più manifesta *governance* politica di tipo tecnocratico, dominata in parte da un capitalismo della sorveglianza<sup>36</sup>, e ciò soprattutto per sviluppare una visione critica, nella consapevolezza, per utilizzare le parole di Peter Marcuse, che «la priorità più alta è affidata ai bisogni immediati e fondamentali – acqua terra lavoro casa salute», «i diritti devono essere stabiliti e implementati democraticamente e devono essere visti come inseparabili sia dalla collettività sia dall'individuo»<sup>37</sup>.

Una dimensione che, se da un lato consente di individuare un nuovo valore d'uso della città nel quale coniugare – cogliendone la intrinseca necessità in

<sup>33</sup> Significativo il dibattito occorso nelle arene del *World Social Forum* che ha portato alla *World charter for the Right to the City* del 2004 nel quale si riconoscono i limiti di un modello di sviluppo urbano che genera povertà ed esclusione prevalentemente a causa di forme di concentrazione del reddito. E non è un caso che nella Carta si sottolinei la centralità della «costruzione di un modello di società e vita urbana sostenibile, basato sui principi di solidarietà, libertà, equità, dignità e giustizia sociale, e fondato nel rispetto delle diverse culture urbane e dell'equilibrio tra urbano e rurale». Una dimensione che ritroviamo anche nella stessa Carta europea dei diritti dell'uomo delle città del 2000 richiamata nel testo. Significativi anche i lavori della terza *Conferenza internazionale sull'abitare e lo sviluppo urbano delle Nazioni Unite – Habitat III* (Quito 2006) nella quale, nonostante l'insistenza di alcuni paesi, e in particolare dei paesi latinoamericani, nel documento finale il “diritto alla città” compare come espressione, semplicemente con riferimento a una visione condivisa per promuovere una maggiore inclusività delle politiche nazionali e locali e, dunque, un diritto collegato più alla rivendicazione dei bisogni essenziali che come momento di rottura del dispositivo del quotidiano, delle routine come elemento di omologazione e controllo.

<sup>34</sup> Come emerge dagli studi sulle c.d. smart cities, veri e propri laboratori di analisi di soluzioni integrate, su cui, *ex multis*, di recente, G. DELLE CAVE, *Comunità intelligenti, enti locali, mobilità sostenibile: le 'Smart city' al cospetto del potere pubblico*, in *Dir. econ.*, 2021, 385 ss.

<sup>35</sup> *Architettura e democrazia. Paesaggio, città, diritti civili*, Torino, 2017.

<sup>36</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

<sup>37</sup> P. MARCUSE, *Beyond the Just City to the Right to the City*, cit., 248.

risposta alle stesse sfide che la complessità pone – all'interno delle istituzioni delle formule di convivenza tra "pluralismo territoriale", "diritti sociali" e "necessità" imposta da un lato dalla limitatezza delle risorse e dall'altro dalla economia globalizzata<sup>38</sup>, dall'altro impone che si torni a riflettere sulla dimensione istituzionale, intesa in un senso complessivo, e cioè con riferimento al dato funzionale, ma anche agli elementi presupposti che intercettano tanto il piano organizzativo, quanto quello delle risorse disponibili e, dunque, del risultato. Dunque, una dimensione complessiva che va letta anche nel contesto della Agenda 2030, nella quale assume un'importanza centrale proprio lo sviluppo sostenibile, anche riferito alla urbanizzazione, e prima ancora quella dimensione indicata all'obiettivo 11.3 che, come sappiamo, consiste nel «potenziare un'urbanizzazione inclusiva e sostenibile e la capacità di pianificare gestire in tutti i paesi un insediamento umano che sia partecipativo integrato e sostenibile»<sup>39</sup>.

Dunque, un meccanismo di coesistenza che impone che si ripensi la città nel senso di un "sistema", territoriale e sociale, nel quale devono coesistere le dimensioni della socialità, della memoria, della qualità ambientale, della partecipazione, della resilienza, e non da ultimo della sostenibilità<sup>40</sup> (che, se intesa in senso sistemico, assomma e sintetizza tutti i caratteri delle precedenti), e ciò proprio in quanto essa si pone quale luogo di effettivo godimento dei diritti costituzionali.

E così il "Comune" (nella sua valenza territoriale, istituzionale e sociale) si pone come spazio di diritti, e di produzione del diritto, che non può prescindere, ma presuppone, la partecipazione degli individui al momento istituzionale, secondo logiche che devono necessariamente superare la tradizionale visione dei rapporti meramente autoritativi tra istituzioni e cittadini, valorizzando quella prospettiva del "nuovo cittadino" su cui ci esortava riflettere già Feliciano Benvenuti, che impone che si riscrivano alcune regole della grammatica dei rapporti tra cittadini e istituzioni, implementando nuove forme di collaborazione (penso ai regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni) che consentano anche di conciliare il principio di legalità con quello di autoproduzione sociale, sviluppando prassi che facilitino un dialogo il più possibile paritario con i poteri

<sup>38</sup> A. SAPRÈ, *L'Europa e l'economia globale*, in *Il Mulino*, 2008, 295 ss.; il tema, di recente, è analizzato da M.T. AMBROSIO, *Per una nuova governance delle migrazioni economiche: prospettive sovranazionali e interne*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, 33 ss.

<sup>39</sup> Si tratta della c.d. sfida della sostenibilità integrata, un approccio nuovo, che tenga conto della complessità nella quale interagiscono nel mondo moderno poteri e privati, poiché la netta distinzione tra le singole dimensioni della sostenibilità ha impedito di sfruttarne le potenzialità, come rilevano E. GIOVANNONI, G. FABIETTI, *La sfida della sostenibilità integrata*, in *Equilibri*, 2014, 371 ss., il concetto di integrazione risulta essenziale per superare l'approccio senza visione; P.E. WELLS, *Business models for sustainability*, Cheltenham, 2013.

<sup>40</sup> Con riferimento al ruolo delle spinte economiche si v. V. MOLASCHI, *Economia collaborativa e beni comuni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2020, 345 ss.

pubblici secondo modalità che in parte, e solo di recente, stiamo sperimentando, ad esempio, nei processi di rigenerazione urbana<sup>41</sup>, a lungo tempo intesa – a mio avviso in maniera non pienamente condivisibile – in una visione limitata e condizionata dalla sola dimensione urbanistica senza neppure intercettare il governo del territorio<sup>42</sup>.

Una prospettiva che, come noto, parte della dottrina amministrativistica da tempo propone, sottolineando la rilevanza dei momenti partecipativi e di quelle formule che valorizzano «*istanze e pretese partecipative che si declinano nelle arene pubbliche*», superando anche «*i tradizionali confini del procedimento amministrativo*»<sup>43</sup>.

Dunque, una città, uno spazio urbano, e con essa di riflesso il suo momento istituzionale, come «*creatura della comunità*»<sup>44</sup> che, attraverso un meccanismo interferenziale tra società, politica, istituzioni “crea il diritto” e ne garantisce l’effettività. Una dimensione che non implica che si abbandoni il modello organizzativo istituzionale, lo si sottoponga a qualche nuovo intervento semplificatore, ma che si individuino nuove lenti attraverso cui leggere e definire i ruoli, individuare le capacità e le connesse possibilità di azione, superando logiche assimilatorie, tanto sotto il profilo organizzativo, quanto della distribuzione delle funzioni che, prescindendo dalla considerazione della “*capacities*” e delle “*capabilities*” anche finanziarie e fiscali, e prima ancora del bisogno che un territorio esprime, sono all’origine della crisi di “appropriatezza” dell’azione (e a monte dell’organizzazione) amministrativa, correlata alla perfettibilità dello stesso principio di perequazione, rivalutando, dunque, la stessa centralità dei momenti programmatori<sup>45</sup>.

In questo contesto, a mio avviso, si può cogliere il quadro nel quale, o forse

---

<sup>41</sup> Sul tema cfr. G. GARDINI, *Alla ricerca della “città giusta”. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, cit.; F. GIGLIONI, *Verso un diritto della città. La città oltre il comune*, cit.; J.B. AUBY, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo*, cit.; C. DE LUCA, *La ri-generazione urbana come laboratorio di cittadinanza attiva*, cit.; L. GIANI, M. D’ORSOGNA, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, cit.; sul tema non si può non segnalare che lo stesso PNRR dedica risorse consistenti per i sistemi urbani e per le politiche urbane rendendo necessaria l’implementazione di una nuova cultura della valorizzazione. L’occasione di questo scambio culturale potrebbe, ma il condizionale è d’obbligo, essere rappresentata dal d.d.l. A.S. 1131 recante le *Misure per la rigenerazione urbana*, ancora in corso di esame in commissione.

<sup>42</sup> Sul tema, C. MARI, *Rigenerazione urbana e città informale nel contesto europeo: profili evolutivi, vantaggi, criticità*, in *Federalismi*, 2021.

<sup>43</sup> F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 333 ss., 351; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo. Un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 221 ss.; A. SIMONATI, *La trasparenza e la partecipazione a livello territoriale*, in E. CARLONI, F. CORTESE (a cura di), *Diritto delle autonomie territoriali*, cit., 369 ss.; F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2018, 3 ss.

<sup>44</sup> F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, cit.

<sup>45</sup> Sul punto sia consentito rinviare allo studio condotto da M. D’ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino, 2001.

più corretto dal quale, discendono gli elementi che dovrebbero consentire di leggere, definire, ridefinire, ruolo e funzioni degli enti locali e del Comune in particolare, nella loro dimensione rappresentativa/esponenziale degli interessi della collettività secondo quella linea, richiamata in precedenza, che lega territorio-autorità-diritti, e, dunque, nel loro ruolo di promotori e garanti della effettività dei diritti di cittadinanza, misurata rispetto alla “appropriatezza” che, come si è già accennato, va riferita non solo al risultato dell’azione amministrativa, nella sua dimensione materiale e giuridica, ma anche alla stessa dimensione organizzativa pubblica che, evidentemente, non può essere confinata entro rigidi e prefissati e uniformanti schemi normativi ma, in ottemperanza a quel nesso genetico che lega organizzazione e funzione, dovrebbe presentare dei margini di elasticità tali da garantire appunto quel grado di adeguatezza – appropriatezza – in relazione alle stesse risorse disponibili e agli *input* interferenziali provenienti dai poli che gravitano sul territorio, recuperando, o forse valorizzando, quel necessario ruolo di garanzia dei diritti che afferisce anche alla creazione del contesto per la loro stessa garanzia, anche facendo leva su meccanismi sussidiari, in attuazione della dinamica costituzionale che, non a caso, poggia sui principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

### 3. *Alla ricerca della appropriatezza organizzativa e funzionale*

E sul punto qualche precisazione pare dovuta, proprio con riferimento al concetto di appropriatezza che, più che un “semplice” obiettivo, dovrebbe essere inteso come *modus operandi*, come precondizione dell’azione o, per usare le parole di J. G. March e J.P. Olsen, come processo che «*implica la definizione della situazione, quale ruolo occorre adempiere e quali sono gli obblighi inerenti al ruolo in quella determinata situazione*»<sup>46</sup>. Un processo, una logica, quella della appropriatezza, che si contrappone a quella della consequenzialità in cui “preferenze” e “aspettative” sono gli elementi che guidano i comportamenti e, dunque, inducono e legittimano una valutazione circa la razionalità degli stessi<sup>47</sup>. In questo contesto, un dato centrale è rappresentato dalla garanzia di una “congruenza” della scelta con il dato sociale secondo una visione più ampia che supera la pur non semplice dimensione del “solo” calcolo razionale, in favore di una visione che garantisca la conservazione delle individualità, intese proprio come garanzia di una «*congruenza fra il comportamento e la concezione di sé in un ruolo sociale*»<sup>48</sup>. Una dimensione che, ad esempio, com-

<sup>46</sup> Riscoprire le istituzioni. *Le basi organizzative della politica* (trad. it.), Bologna, 1992.

<sup>47</sup> Sul tema, G. BERTI, *Legalità e razionalità nell’azione amministrativa: una difficile conciliazione*, in *Jus*, 1987, 310, avverte che l’utilizzo esasperato della razionalità come canone conduce a legittimare le dinamiche “più perverse del potere”.

<sup>48</sup> J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, cit.

porta che le stesse dinamiche interpretative siano affidate attraverso processi che chiariscono regole e definiscono i contesti di riferimento con il più ampio grado di precisione, valorizzando, come già rappresentato, lo stesso ruolo del momento programmatico. Dunque, la logica della appropriatezza da un lato presuppone che si abbiano sempre presenti i diritti e i doveri connessi alle relazioni di ruolo, dall'altro che si implementi la "consapevolezza" dei destinatari di queste azioni, del quadro valoriale e dei diritti di riferimento, ponendo, così, le basi per la costruzione di processi organizzativi e decisionali non improntati alla sola logica del calcolo costi/benefici<sup>49</sup> che diviene uno degli elementi del contesto, ma non il determinante del contesto, che impone l'adozione di logiche diverse, quali la co-progettazione. Si tratta, evidentemente, di una visione che proietta la stessa organizzazione in una prospettiva diversa di garante dell'ordine istituzionale, ma anche della stabilità e prevedibilità dell'azione, senza pregiudicare quel naturale adattamento evolutivo anche dello stesso sistema. Un adattamento che, come evidente, non può certo essere immediato, e fuoriesce certamente dalla logica di una immediata risposta a una domanda, dipendendo da una molteplicità di fattori condizionanti l'adattamento della stessa organizzazione tra cui, *in primis*, la sua capacità di leggere (e apprendere dalla) resistenza alle proprie operazioni<sup>50</sup>. Capacità adattative che non sono sempre sviluppate nello stesso modo e dipendono dall'essere l'organizzazione orientata alla autoreferenza o all'eteroreferenza, e dalle competenze in essa presenti in grado di sviluppare e implementare proprio le stesse capacità adattative, innestando percorsi virtuosi.

In questa dimensione, dunque, l'organizzazione, intesa nella sua duplice accezione riferita al profilo strutturale e a quello delle competenze, distinte e allocate in ragione della complessità del sistema, è il riflesso di un condizionamento sistemico, in quanto frutto delle interazioni tra i diversi sistemi, «tra economia e scienza, tra politica e diritto, tra famiglie e religioni»<sup>51</sup>, e si pone quale principale garante dello stesso superamento dei paradossi dei principi di libertà e uguaglianza, in quanto garante del pieno espletamento delle relative capacità inclusive<sup>52</sup>. Essa,

---

<sup>49</sup> Cfr. l'impostazione di A. ARCURI, R. VAN DER BERGH, *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi/benefici*, in *Merc. conc. reg.*, 2001, 223 ss.

<sup>50</sup> Sul punto non si possono non richiamare le parole di N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione* (trad. it.), Milano, 2005, in particolare 29 ss., il quale sottolinea che l'apprendimento adattivo nelle organizzazioni presuppone che queste siano capaci di «distinguere tra successo e insuccesso» (60). Una capacità che l'organizzazione trova in sé stessa. «Tutti i tentativi di apprendere si basano poi sulle prestazioni della memoria del sistema, che si ricorda alcune cose ma ne dimentica ancor di più. Nel sistema sorge così l'impressione di un apprendimento cumulativo e si prospetta la possibilità di richiamarsi all'"esperienza" (...) Se un sistema opera in modo autopoietico, se può apprendere solo dalla resistenza delle proprie operazioni alle proprie operazioni, non è affatto risolto il problema del mancato adattamento per supposti motivi cogenti» (60-61).

<sup>51</sup> N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 318.

<sup>52</sup> Sul punto cfr. N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., il quale sottolinea come «i diritti fondamentali alla libertà e all'uguaglianza simbolizzano questa forma dell'inclusione nella società di tutti gli

così, emerge nella sua valenza servente rispetto alla società, orientandosi verso la definizione, prima, e la realizzazione, poi, degli stessi scopi della società, secondo una dinamica per cui anche le condizionalità finanziarie non dovrebbero determinare una inerzia adattativa<sup>53</sup>, ma al contrario dovrebbero sollecitare quella intelligenza organizzativa che dovrebbe fungere da motore anche per l'acquisizione degli elementi valutativi necessari a circoscrivere, rendendoli finiti, i valori di riferimento e con essi gli stessi oneri informativi, facendo fronte alle incertezze che sono determinate dal fluire delle esigenze e informazioni ad esse correlate.

In questo contesto, la stessa dimensione della complessità impone che si sposti l'attenzione su una prospettiva diversa, riferita a un sistema decisionale inclusivo anche della stessa organizzazione<sup>54</sup> non potendo, tra l'altro, l'organizzazione, e il suo stesso agire razionale, essere valutati limitatamente a una prospettiva della sola soddisfazione dell'interesse pubblico – secondo una dimensione che lega organizzazione e scopo – o secondo una dimensione puramente formale,

---

*individui come individui. Ma la simbolizzano in modo paradossale, poiché non c'è libertà senza limitazione delle libertà e non c'è uguaglianza senza disuguaglianza. (...) In ciò i meccanismi di inclusione dei sistemi di funzioni lavorano in modo non coordinato o in ogni caso con accoppiamenti laschi, che non consentono di fare previsioni sui destini individuali. (...) La cooperazione tra sistemi di funzioni e organizzazioni è costituita in modo da poter dissolvere i paradossi dei principi di libertà e uguaglianza, in modo, cioè, da poterli distribuire su entità differenti. (...) La società ritiene le esclusioni umanamente non dignitose e funzionalmente utili, senza poterle evitare. Le organizzazioni partono dalle esclusioni per ottenere controllo decisionale sull'appartenenza e in questo modo la loro autonomia. Ciononostante, le organizzazioni operano come adempimento della società nella società» (320-321).*

<sup>53</sup> Dunque, secondo una prospettiva che vede la trasformazione del diritto condizionato in diritto condizionante. Sul punto sia consentito rinviare agli approfondimenti svolti in L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione pubblica*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022, 139 ss.

<sup>54</sup> Sul punto N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit. evidenzia che «Se la razionalità deve formulare esigenze nei confronti di un osservatore, il problema della razionalità di sistema potrebbe stare nel trattamento della distinzione tra autoreferenza ed eteroreferenza (...). E bisogna sempre tener conto del fatto che l'unico "substrato" della razionalità è l'operazione, che è attuale solo nel momento e che deve attualizzare le esigenze che avanza nei propri confronti (...) il sistema può generalizzare con attenzione la sua consapevolezza proiettiva» (378-379). E, in questo senso, è proprio l'organizzazione uno degli elementi di esplicitazione del rapporto tra «autoreferenza ed eteroreferenza dei sistemi sociali» (380). «La razionalità che può essere raggiunta dall'organizzazione, che si riproduce sulla base operativa delle decisioni, non può, per questo solo motivo, pretendere il titolo di razionalità della società globale; e questo nemmeno se si considera in entrambi i casi solo la razionalità sistemica (...)» (382). In altra parte del suo lavoro l'A. indaga il rapporto tra società e organizzazione, soprattutto con riferimento alle interdipendenze e alle possibilità di rendere finiti oneri informativi infiniti, sottolineando come l'attenzione vada concentrata sulla differenziazione tra sistema sociale e sistema organizzativo. «Il fabbisogno di organizzazioni nella società moderna si spiega allora non con una crescita selvaggia di centri di formazione della volontà, che dipendono dall'esecuzione delle loro decisioni. Tali centri sorgono solo all'interno delle organizzazioni e non spiegano il fabbisogno di organizzazioni. Il problema che le organizzazioni si trovano ad affrontare è l'incertezza sul futuro, riprodotte continuamente senza respiro, e a questo essere devono reagire con capacità decisionale e integrando verticalmente i loro processi decisionali», 311 ss., in particolare 339.

e ciò in quanto dimensioni parziali della razionalità rischiano di stereotiparne la portata e la stessa funzionalità al cospetto della complessità<sup>55</sup>.

E, in questo senso, l'organizzazione, le forme istituzionali organizzate, la razionalità della loro azione sono speculari alla loro stessa efficacia, dovendo esse individuare, per usare le parole di March e Olsen, una soluzione «*ai problemi delle preferenze e delle dotazioni di risorse*»<sup>56</sup>, dunque, soluzioni anche organizzativamente appropriate che non possono essere valutate solo secondo meccanismi formali da soli insufficienti a garantire la appropriatezza dell'azione delle amministrazioni e, in generale, dei sistemi aggregativi<sup>57</sup>.

Significative di diversi assetti organizzativi sono le decisioni assunte nel contesto del regolamento 2020/2092<sup>58</sup>, che, nello stabilire le norme necessarie per la protezione del bilancio dell'Unione, di fatto, rivisita il modello di relazioni istituzionali, consacrando la centralità dello Stato di diritto «*intrinsecamente connesso al rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali*»<sup>59</sup>, nonché alle iniziative

---

<sup>55</sup> Sul punto cfr. F. G. SCOCA, *L'attività amministrativa*, cit., il quale sottolinea che «*la considerazione dell'interesse pubblico (o, in generale, della opportunità degli atti) è apprezzabile in modo fortemente soggettivo, e comunque la valutazione attiene al rapporto tra l'attività, intesa come mezzo, rispetto al fine che essa si propone di raggiungere, la nuova impostazione è ben più concreta dato che la valutazione è tutt'altro che confinata sul piano teleologico, e prende in considerazione il rapporto tra gli obiettivi programmati (o prefissati) e i risultati ottenuti*» (100); ID., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107 ss.

<sup>56</sup> «*Perché si abbiano scambi efficienti occorre che gli attori presentino preferenze congruenti, stabili ed esogene. In pratica gli interessi dei singoli tendono ad essere incongruenti, instabili e endogeni. Queste ambiguità sollevano problemi relativi alla sovranità popolare (...). Un problema analogo è costituito dalla disponibilità di risorse*» (193-194).

<sup>57</sup> In tal senso J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *op. cit.*, sottolineano come non sia «*facile regolare le risorse iniziali. Nelle democrazie occidentali si registrano numerosi tentativi di correzione delle ineguaglianze. Oltre ai tentativi di redistribuzione della ricchezza, possiamo ricordare quelli rivolti all'aumento dell'istruzione, per conferire ai cittadini migliori possibilità sul mercato del lavoro (...) per ridurre il divario nella competizione politica (...) per equilibrare il mercato dell'informazione. Nonostante questi tentativi, nelle democrazie occidentali le persistenti differenze di risorse continuano ad essere largamente inaccettabili. (...) Tuttavia, nella politica aggregativa i problemi legati alla dotazione iniziale di risorse sono più gravi di quelli relativi alla distribuzione della ricchezza o delle altre risorse citate. (...) Di solito le regole formali lasciano senza diritti politici alcuni gruppi rilevanti*» (194).

<sup>58</sup> Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Sulle possibili implicazioni cfr. le osservazioni critiche di A. BARAGGIA, *The new Regulation on the Rule of Law Conditionality: a Controversial Tool with Some Potential*, in *LACL-AIDC Blog*, 22 dicembre 2020, nonché alla ricostruzione operata da M. RENNA, *Il cambiamento necessario: una contraddizione o una sfida?*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 155 ss.

<sup>59</sup> Considerando n. 6 ribadendo, al successivo considerando 8 che «*Gli stati membri possono garantire una sana gestione finanziaria solo se le loro autorità pubbliche agiscono in conformità alla legge, se i casi di frode, inclusi i casi di frode fiscale, evasione fiscale, conflitto di interessi o altre violazioni del diritto, sono effettivamente perseguiti dai servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale, e se le decisioni arbitrarie o illegittime delle autorità pubbliche, comprese le autorità di contrasto, possono essere soggette a un effettivo controllo giurisdizionale da parte di organi giurisdizionali indipendenti e della Corte di giustizia dell'Unione europea*».

imprenditoriali, all'innovazione, alla coesione economica, sociale e territoriale e al corretto funzionamento del mercato interno<sup>60</sup>. In poche righe viene palesata la relazione biunivoca tra Stato di diritto (inteso nella sua accezione più pura riferita alla limitazione del potere, di garanzia dell'equilibrio del rapporto tra potere e cittadino<sup>61</sup> secondo una dimensione che rivaluta, e che pone al centro, la dimensione sociale e quindi la garanzia dei diritti e della uguaglianza sostanziale tra gli individui<sup>62</sup>) ed esecuzione appropriata (e non solo efficiente) dello stesso bilancio come momento programmatico e non riferito solo alla gestione delle risorse a presidio della quale vi è, nelle sedi comunitarie, una verticalizzazione del sistema dei controlli in capo alla Commissione da svolgersi alla luce della giurisprudenza comunitaria, delle relazioni della Corte dei conti nonché degli altri elementi quali le relazioni dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode e la Procura europea<sup>63</sup>. Temi centrali anche nel quadro della riforma della PA nell'ambito del PNRR, di cui si dirà più avanti.

In questo contesto, da un lato, si coglie non solo l'evoluzione dello stesso ruolo della dimensione istituzionale (pubblica), riferito, come detto, alla garanzia della dimensione sociale, ma conseguentemente dello stesso concetto di esercizio della funzione, e dunque di esecuzione (anche della decisione di bilancio<sup>64</sup>), o meglio di esecuzione efficiente. Dall'altro, anche la parallela evoluzione del sistema di *governance* e di valutazione/controllo e ciò in quanto è la stessa condizionalità a imporre un nuovo sistema di «soggettività», rispetto al quale si impone non solo la centralità dei fabbisogni, ma anche una diversa dimensione

<sup>60</sup> Considerando n. 11.

<sup>61</sup> Assai significativo, ai fini del discorso che si sta conducendo, è il quadro generale del Regolamento 2020/2092 che già nel primo considerando sottolinea che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, sanciti dall'art. 2 del trattato sull'Unione europea (TUE)». Stato di diritto che, come precisa il successivo terzo considerando, «impone che tutti i pubblici poteri agiscano entro i limiti fissati dalla legge, in linea con i valori della democrazia e del rispetto dei diritti fondamentali quali stabiliti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta") e negli altri strumenti applicabili, sotto il controllo di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali. Esso esige, in particolare, che i principi di legalità che sottendono un processo legislativo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali; e separazione dei poteri debbano essere rispettati».

<sup>62</sup> La dimensione sostanziale vede proprio lo stato di diritto come elemento «essenziale per la tutela degli altri valori fondamentali su cui si fonda l'Unione, quali la libertà, la democrazia, l'uguaglianza e il rispetto dei diritti umani», secondo una dimensione connessa «al rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali» (considerando n. 6).

<sup>63</sup> Si v. il considerando n. 16.

<sup>64</sup> Significativamente nel considerando n. 13 del Regolamento 2020/2092 si sottolinea la «chiara correlazione tra il rispetto dello Stato di diritto e l'esecuzione efficiente del bilancio dell'Unione in conformità dei principi di sana gestione finanziaria»; G. RIVOSECCI, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 740.

(sociale) dell'azione orientata su parametri diversi e, infine, della stessa responsabilità degli operatori, siano essi pubblici o privati, cui fa da contraltare una diversa concezione della valutazione e, dunque, del risultato, rilevando l'*output* dell'azione, e cioè l'impatto effettivo delle scelte e delle azioni poste in essere<sup>65</sup>.

#### 4. Verso l'appropriatezza del Comune

I rapidi richiami alla struttura logica della appropriatezza evidenziano come il percorso verso di essa non possa prescindere da una lettura combinata tra processi aggregativi e integrativi, attraverso percorsi per l'adattamento, evitando periodiche e defatiganti, oltre che dispersive, integrali riscritture dei modelli o sfalci normativi di varia natura. In questo senso, dunque, l'appropriatezza dovrebbe essere essa stessa l'obiettivo dell'organizzazione (flessibile) e dell'azione, ma al contempo si dovrebbe porre come motore di un ciclo di apprendimento, anche delle istituzioni, basato sull'esperienza, che, muovendo da regole esistenti, si sviluppa lungo un percorso che porta ad alcuni esiti dai quali derivano delle inferenze<sup>66</sup> utilizzate, interpretate, anche per modificare le stesse regole, ma solo ove strettamente necessario<sup>67</sup>.

Dato questo quadro teorico, emerge un ulteriore elemento chiave da analizzare e da implementare – il “contesto comune” – che ci riporta al tema della individuazione dei mezzi a disposizione. In questa prospettiva, anche in considerazione dell'attuale assetto delle competenze, il Comune, ad esempio, non dovrebbe abdicare, anzi dovrebbe recuperare e valorizzare, quel ruolo di facilitatore, di creatore delle matrici e delle basi necessarie per la costruzione *in primis* di processi decisionali consapevoli, e ciò tanto sul fronte pubblico, quando su quello privato, di processi democratici, non perdendo mai di vista i titolari del diritto alla città, alimentando quel percorso circolare che dal territorio,

---

<sup>65</sup> Non è un caso, evidentemente, che nel Regolamento 2020/2092 viene considerata *violazione dei principi dello Stato di diritto* «l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse» (art. 3, comma 1, lett. b). Sul punto già A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione di risultato*, cit., il quale sottolineava come l'abbandono dell'amministrazione per atti è «sostenibile e praticabile anche a prescindere dal riconoscimento della possibilità di ancorare la validità del provvedimento (anche) a parametri di congruenza rispetto al risultato» (12); e F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 330 ss.; F. G. COCA, *L'attività amministrativa*, cit., 100.

<sup>66</sup> Sul processo inferenziale, cfr. G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996. Cfr. anche J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *op. cit.*, i quali sottolineano che «Le istituzioni influenzano il modo in cui i singoli e i gruppi si attivano all'interno e all'esterno di esse, il livello di fiducia tra i cittadini e i leader, le aspirazioni di una comunità politica, la comunanza di linguaggio e di norme, il significato dei concetti di democrazia, giustizia, libertà e uguaglianza» (238).

<sup>67</sup> Sul punto cfr. J. MARCH, *Prendere decisioni*, Bologna, 2002.

come luogo di espressione del bisogno e di capacità e risorse, ritorna ad esso come luogo di atterraggio delle azioni a garanzia dei diritti di coloro che su quel territorio insistono. Un ruolo che si aggiunge alla tradizionale azione, per usare uno scomodo anglicismo, fondata sulla formula *command and controls*, su decisioni provvedimentali, ponendosi in funzione di una dimensione più complessa dell'azione, mirante a colmare quei *bias* non solo cognitivi (tanto pubblici quanto privati) che limitano, *inter alia*, anche il grado di partecipazione dei singoli alla dimensione collettiva e della istituzione alla dimensione sociale.

Una funzione, che è più un processo, che dovrebbe consentire di nutrire gli elementi che vanno a comporre il contesto nel quale va ad iscriversi quella dinamica interferenziale (società-istituzioni-diritto), offrendo, così, ai privati spazi per la definizione dei propri bisogni, di partecipazione consapevole alla cosa pubblica, ma anche alla stessa amministrazione una base conoscitiva<sup>68</sup> – del fatto, degli interessi coinvolti e delle *capabilities* – più ampia, che si pone come preconditione per la garanzia di una “appropriatezza sostenibile” dell'azione dei pubblici poteri che si iscrive nel quadro della autonomia territorialmente responsabile<sup>69</sup>, nella triplice dimensione riferita alla virtuosità finanziaria, alla responsabilità di mandato e alla responsabilità verso gli amministrati.

Una appropriatezza sostenibile che, come sottolineato in altra sede<sup>70</sup>, si pone come evoluzione della stessa efficacia, riferita non solo allo scopo della norma, ma anche a quegli aspetti sostanziali dell'azione che, dunque, non può essere confinata alla sola dimensione normativa o della legalità, ma che deve estendersi necessariamente alla considerazione degli effetti «*delle decisioni e dei comportamenti*» sulle persone e sul territorio, in una prospettiva propria di una logica precauzionale, spostando così in avanti, come sottolineava Lucio Iannotta, «*la soglia del giuridico, inglobando in esso il mondo dei fatti, dei fenomeni*»<sup>71</sup>.

##### 5. *Azione, organizzazione e funzione amministrativa*

In questo contesto il Comune diviene il principale attore per la “definizione del contesto – comune – del territorio”; principale attore nel processo di individuazione delle mutate, e sempre in evoluzione, coordinate di lettura della

<sup>68</sup> Cfr. F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 481 ss.

<sup>69</sup> A. CITTERIO, I. LENZI, *Il territorio 'affare di tutti'. Esperimenti di responsabilità sociale condivisa*, in *Equilibri*, 2007, 261 ss.; V. GASPARINI CESARI, *Principio di legalità e di ragionevolezza nella evoluzione dello Stato di diritto*, in *Studi Economico-giuridici (2001-2002). In memoria di Franco Ledda*, I, Torino, 2004, 525 ss., 531.

<sup>70</sup> L. GIANI, *Dalla multilevel governance*, cit., spec. 470.

<sup>71</sup> L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, cit., 1 ss., 16.

complessità, anche in chiave non precettiva in attuazione dei principi di prossimità e leale collaborazione<sup>72</sup>, con la conseguenza che la stessa dimensione organizzativa non può prescindere, anzi presuppone, una dimensione regolatoria che legittimi, anzi ne consolidi il ruolo, valorizzando le potenzialità di un modello elastico, anche di politiche urbane, che muova in una direzione che ne riconosca la centralità (dell'organizzazione), proprio per quella relazione di prossimità che rende l'ente attore principale, motore di una nuova e diversa grammatica istituzionale che supera la dimensione relazionale tra territorio e istituzioni limitata a una prospettiva prevalentemente spaziale, emergendo il primo nella sua valenza di contenitore dinamico, rispetto al quale elementi quali il governo del benessere e della crescita individuale e sociale degli individui che insistono sul territorio assumono una capacità plasmatica dello stesso ruolo dei diversi attori che operano sui territori stessi, valorizzando quella *«interdipendenza della relazione tra spazio pubblico urbano come spazio fisico e la sfera pubblica come pratica sociale, tra configurazione dello spazio urbano e relazione che si svolgono»*<sup>73</sup>.

A ciò basti pensare alla dinamica della sussidiarietà che a livello che locale ha visto una implementazione principalmente di tipo regolamentare rispetto alla quale le amministrazioni locali sono state *“promotrici di sussidiarietà orizzontale”*, *“attrici di sussidiarietà verticale”*, *“parti”* e in alcuni casi *“spettatori”* *“di una sussidiarietà circolare”*. Dunque, modelli, soprattutto quello della sussidiarietà orizzontale declinati attraverso l'implementazione di una molteplicità di formule collaborative che, come sottolineato in altra sede, hanno *«ad oggetto spazi urbani principale ambito di concretizzazione sviluppo dei beni comuni»*<sup>74</sup> e sede di atterraggio del diritto alla città inteso come contenitore valoriale e momento di collegamento con il territorio.

Si recupera, così, un quadro valoriale che si contrappone all'idea pura e neoliberale<sup>75</sup> di sviluppo umano e alle fragilità emerse in maniera evidentissima di tale modello come accaduto, ad esempio, con la vicenda dei mutui *subprime* che ha palesato in maniera evidente le fragilità della finanziarizzazione delle politiche urbane ponendo nuovamente al centro del dibattito questioni che già Lefebvre sollevava: di chi è la città? chi decide su di essa?

Il diritto alla città, nel contesto che si vuole proporre in questa sede per una

---

<sup>72</sup> Cfr. G. MAZZOLA, *Gli attuali rapporti tra Stato e Regioni, collaborativi o conflittuali?*, in *Nomos*, 2021; sul tema, nella prospettiva della gestione della pandemia, cfr. C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le reg.*, 2021, 169 ss.; B. C. CEFFA, *Non basta dire intesa. Ragionando sul principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in questa *Rivista*, 2020, 895 ss.

<sup>73</sup> Sul punto G. IACOVONE, L. GIANI, *Città, reti sociali e rigenerazione urbana: una prospettiva normativa*, cit., 255.

<sup>74</sup> Sul punto G. IACOVONE, L. GIANI, *Città, reti sociali e rigenerazione urbana: una prospettiva normativa*, cit., 256.

<sup>75</sup> Sul punto H. LEFEBVRE si pone in linea con D. HARVEY, *Rebel cities: from the Right to the City to the Urban Revolution*, Londra, 2012, 55; A.J. SCOTT, E.W. SOJA, *The City. Los Angeles and Urban at the End of the Twentieth Century*, Los Angeles, 1997.

lettura del ruolo delle istituzioni, e in particolare del Comune, si pone più come espressione di una esigenza sociale e politica di lettura del bisogno e gestione del conflitto, per usare una immagine di Machiavelli, tra popolo minuto e popolo grasso, cioè un esercizio che riguarda la stessa prassi della democrazia della *polis*.

In questo contesto, la città, e con essa le stesse istituzioni che ne rappresentano la proiezione organizzativa, diviene vera e propria opportunità concreta di rigenerazione dello spazio sociale attraverso la informazione e la partecipazione attiva dei suoi stessi abitanti e, dunque, si comprende e ridimensiona per certi versi la stessa affermazione di Lefebvre secondo il quale «*il diritto alla città legittima riferimento a lasciarsi escludere dalla realtà urbana da parte di un'organizzazione discriminatoria e segregativa (...) il diritto alla città significa allora la costruzione o la ricostruzione di un'unità spazio temporale (...) invece di una frammentazione*»<sup>76</sup>, un po' quello che lo stesso autore di Hagetmau definiva come diritto all'attività partecipante e alla fruizione dei beni e dei servizi collettivi.

Una dimensione, dunque, che vede la città come proiezione della società nella sua declinazione spaziale<sup>77</sup>, cioè come la proiezione della società sul territorio<sup>78</sup> e, dunque, come dato per la definizione degli ambiti entro i quali la funzione amministrativa deve essere esercitata<sup>79</sup> e la cui realizzazione richiede, anzi presuppone, l'implementazione di «*meccanismi democratici alternativi (diversi, cioè, dalle attuali democrazie fondate sul potere del danaro) per decidere come rivitalizzare la vita urbana al di fuori dei rapporti di classe dominanti e seguendo i nostri (dei produttori di urbanizzazione urbanesimo) più intimi desideri*»<sup>80</sup>. Dunque, un diritto alla città che non può essere limitato più solo all'interno dei confini di quello che normalmente chiameremmo diritto monistico, trovando posto come attori principali in primo luogo le stesse politiche sulla città, nel senso che esso si pone come sintesi gli altri diritti (il diritto alla casa, il diritto alla mobilità urbana, il diritto ai servizi pubblici locali essenziali, il diritto alla sicurezza) che trovano voce e garanzia negli enti esponenziali sul territorio, sì da rendere la stessa città laboratorio privilegiato per la rinascita di quella democrazia rappresentativa che in questo momento sta attraversando una profonda crisi<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> E in questa prospettiva si comprendono anche le radici della declinazione che ne darà Harvey qualche anno più tardi, come «*molto più che un diritto di accesso (...) alle risorse che la città incarna: è il diritto di cambiare e reinventare la città in modo più conforme alle nostre esigenze. (...) una forma di potere decisionale sui processi di urbanizzazione e sul modo in cui le nostre città sono costruite e ricostruite*», «*vale a dire che il diritto alla città "oggi" è confinato in un ambito troppo ristretto, che si trova in posizione di poter modellare la città in base ai propri bisogni e desideri*», *Introduzione*, in *Spazio e politica. Diritto alla città*, II, 33.

<sup>77</sup> F. BIAGI, *Henry Lefebvre e la "città come opera d'arte"*. *Note di teoria critica urbana*, in *The Lab's quarterly*, 2019, 13.

<sup>78</sup> H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 63.

<sup>79</sup> D. HARVEY, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, cit., 37.

<sup>80</sup> D. HARVEY, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, cit., 105.

<sup>81</sup> J.B. AUBY, *Remarques préliminaires sur la démocratie administrative*, in 11 *Rev. Fra. Adm. Publ.* (2011), 137 ss.; G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa*, in *Federalismi*, 2019.

## 6. *L'azione e la funzione amministrativa locale nella governance complessiva a rete*

La rilettura del quadro di riferimento non può prescindere dalla considerazione di un ulteriore livello, se si vuole di complicazione, indotto dalla più volte richiamata complessità.

Il riferimento è evidentemente proprio alla dimensione multilivello sviluppatasi nel contesto di un panorama complesso, frutto di relazioni intersistemiche che si strutturano in maniera gerarchica, dialogica o dialettica, che ha comportato necessariamente il parziale disancoramento della dimensione regolatoria dal dato territoriale coincidente con la dimensione dello Stato nazione e la riallocazione dei processi decisionali in senso verticale, ma anche in favore di *network* di poteri orizzontali, con evidenti conseguenze sulla stessa definizione delle funzioni riconosciute al Comune anche in ragione della definizione orizzontale dei rapporti dominata dai principi di adeguatezza e leale collaborazione<sup>82</sup>. Un sistema di *governance* che per una parte è messo in discussione dallo stesso PNRR, rispetto al quale non si può non rilevare una sorta di disallineamento tra la dimensione della rilevanza territoriale e il disegno organizzativo proposto.

Con riferimento al primo profilo considerato, infatti, il PNRR presenta una matrice comune alle politiche di coesione<sup>83</sup> e al sistema dei fondi strutturali, caratterizzati da una centralità della dimensione territoriale e del quadro assiologico di riferimento, misura esso stesso del risultato amministrativo, con la conseguenza che il territorio, in quanto luogo sul quale insiste e converge la maggior parte delle attività umane a valenza economica, non può, e di fatti non viene, assunto come destinatario passivo della programmazione ma diventa (o meglio dovrebbe diventare) esso stesso motore e principio della stessa programmazione, secondo una dimensione propria della politica di coesione il cui fine è quello di garantire un progresso basato su una «*solidarietà funzionale alla prospettiva economica e alla riduzione delle disegualianze sociali*»<sup>84</sup> lontana da una logica di redistribuzione economica e strumentale, invece, alla realizzazione di uno sviluppo nella prospettiva della sostenibilità del raggiungimento degli obiettivi strategici dell'Unione. Si tratta, come si è cercato di illustrare nelle pagine precedenti, di un diverso approccio, attento ai bisogni e alle potenzialità endogene dei territori che è all'origine non solo della diversa dimensione della soggettività, ma che non può prescindere dalla adozione di strumenti di coordinamento e di politiche di cooperazione interistituzionali.

---

<sup>82</sup> G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2021; R. DI GIGLIO, *Il principio di leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa nella dialettica tra Stato e Regione*, in *Foro amm.*, 2020, 1959 ss.

<sup>83</sup> Sul punto sempre attuali gli approfondimenti contenuti in G. COLOMBINI (a cura di), *Le politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, cit.

<sup>84</sup> F. VINCI, *L'efficacia dei fondi strutturali europei. Processi e protagonisti al vaglio della sociologia dell'azione pubblica*, Milano, 2013, 77.

E alla sistematica del PNRR non è estranea la dimensione multilivello della rete. Esso, infatti, riprende quello stesso schema che è all'origine delle dinamiche organizzative menzionate, muovendo da quella multiattorialità del sistema di *governance* che ha portato alla costruzione di uno spazio pubblico europeo nel quale il paradigma della *multilevel governance* si rivolge alle comunità territoriali inquadrate nel contesto del governo europeo. Una *governance* che trova i propri pilastri nel dialogo con il Comitato delle regioni e con le parti interessate (cioè i singoli enti regionali), nonché con le associazioni delle amministrazioni regionali e locali (dialogo c.d. strutturato) e nella contrattualizzazione delle politiche. Un contesto nel quale l'amministrazione è chiamata a svolgere anche un ruolo di gestore della rete e del contesto e, pertanto, lo stesso "Comune" per via della dinamicità del processo e della complessità, per una buona *governance*, dovrebbe fare leva su modelli di cooperazione tra i diversi livelli, «*basat[i] sulla fiducia e non sul confronto tra le diverse legittimità politiche e democratiche*»<sup>85</sup>. Esso, in altri termini, dovrebbe divenire attore, forse l'attore principale, data la sua prossimità al territorio, di un paradigma, quello multilivello che, come sottolineato dallo stesso Comitato economico e sociale europeo, individua «*un'architettura istituzionale decentrata, dove non agisce un solo centro di potere come negli Stati nazionali, bensì una pluralità di soggetti, sia governativi che non governativi, che cooperano tra loro per il raggiungimento di fini condivisi*»<sup>86</sup>, per fornire una risposta appropriata. Dunque, un'architettura che si muove verso una *governance* a rete, espressione di una prospettiva sistemica che consente una preziosa flessibilità "su scala geografica" tale da consentire una più corretta identificazione dei bisogni e, di conseguenza, un adattamento e la formulazione di una risposta appropriata rispetto al contesto e a *target* e capacità che necessariamente differiscono tra loro, essendo espressione di territori diversi, attraverso un bilanciamento tra bisogni/diritti e organicità/unitarietà dell'azione.

Ma la concreta attuazione di questo schema trova una condizionalità proprio nelle riforme abilitanti. Se da un lato la struttura del PNRR risponde a una logica propria del sistema dei fondi, quindi un progetto di intervento, una prima *tranche* di finanziamento, raggiungimento degli obiettivi intermedi condizionanti l'erogazione delle altre quote di finanziamento, dall'altro viene delineato un percorso che in un certo senso va in senso contrario rispetto a quello che ci si potrebbe immaginare in una dimensione di *governance* multilivello. Infatti, dalla

---

<sup>85</sup> Un contesto nel quale viene richiamato come modello di riferimento il Patto dei sindaci «*per l'impegno attivo delle città e delle regioni nella realizzazione degli obiettivi strategici nell'Unione europea*» (Parere di iniziativa del Comitato delle regioni sulla *Governance* multilivello, cit.).

<sup>86</sup> Comitato Economico e Sociale Europeo, *Parere in merito alla «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Rafforzare il coordinamento delle politiche economiche per la stabilità, la crescita e l'occupazione – Gli strumenti per rafforzare la governance economica dell'UE»* (GUUE C 107/02 del 6.4.2011), al punto 3.6.1.

lettura della relativa documentazione è chiaro che si è in presenza di un percorso che dal coordinamento, muove verso il monitoraggio – essenziale dal momento che l'intero sistema risponde ad una logica di *output* (che è chiara se si pensa alla fissazione dei *target* finali e degli obiettivi intermedi) – per arrivare al potere di sostituzione propria di un piano di *performance* e non di spesa, quale certamente è il PNRR. Dunque, un percorso che lega promotori degli interventi e soggetti attuatori secondo una dinamica mobile che trova, però, un potenziale punto di conclusione e frizione proprio nell'esercizio dei richiamati poteri sostitutivi che, da un lato, esprimono assieme alle riforme abilitanti la consapevolezza delle criticità che il nostro sistema presenta, dall'altro manifestano la consapevolezza della necessità di investire proprio sulla macchina pubblica in modo da tesaurizzare gli investimenti, garantendo il consolidamento di competenze tali da assicurare quella *capacity building* che è essenziale per lo sviluppo delle stesse capacità adattative delle istituzioni al mutare dei contesti di riferimento.

Una logica che fa sì che, pur nella consapevolezza della complessità dei livelli istituzionali, specchio della complessità della società, il ruolo degli enti territoriali venga fortemente ancorato alla dimensione di “risultato” e di “funzione” tanto da consentire una sovrapposizione, fino al limite della sostituzione, della stessa architettura a rete con una struttura decisamente più centralizzata, che si giustifica con la necessità di coniugare la complessità con la necessità di fare presto e di fare bene<sup>87</sup>. Una dimensione che è coerente con la stessa struttura del Piano che è un programma che risponde più a una logica della appropriatezza che della consequenzialità, e come tale trova nel monitoraggio il meccanismo di cooperazione e coordinamento interistituzionale di *governance*, come del resto confermato dall'obbligo di conseguimento di *milestone* e *target* dei programmi attuati a livello territoriale nell'ambito del complessivo insieme di principi contenuti nella circolare RGS del 14 ottobre 2021, n. 21, finalizzata a trasmettere le «Istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR» a tutte le Amministrazioni titolari di interventi. La stessa circolare, rispetto a questo aspetto, afferma che, tra gli «Elementi per la predisposizione di un avviso pubblico in ambito PNRR» vada inserito quale criterio di ammissibilità (Sezione 7) la *coerenza dei risultati attesi degli interventi e delle loro tempistiche con «milestones e target della misura, anche richiedendo a*

---

<sup>87</sup> In maniera assai significativa nella circolare RGS del 14 ottobre 2021, n. 21 si precisa che i criteri di valutazione delle proposte progettuali vengono individuati nell'efficacia dell'operazione tesa a «verificare la capacità del progetto di contribuire al raggiungimento del/i target assegnato/i alla misura di riferimento nei tempi indicati dal cronoprogramma di intervento e comunque in coerenza con il cronoprogramma attuativo della misura individuato dal responsabile di misura»; nell'efficienza del progetto tesa a «verificare il grado di raggiungimento degli obiettivi con il minimo consumo possibile di risorse e comunque nel rispetto dei costi medi per interventi analoghi»; nell'utilità del progetto, teso a «verificare la convenienza per la comunità di riferimento; ovvero misurare quanto gli impatti del progetto rispondano effettivamente ed equamente ai bisogni socioeconomici, ambientali e culturali del contesto di riferimento»; nella sostenibilità/durabilità del progetto, teso a «verificare la capacità del progetto di sostenersi nel tempo e nelle successive fasi di gestione e attuazione».

*ciascun intervento di quantificare propri obiettivi in base agli stessi indicatori adottati per i target della misura»; nonché la «aderenza alle indicazioni fornite nella scheda di dettaglio della Componente del PNRR».*

La lettura delle norme, dei principi e delle indicazioni fornite rispetto al ruolo degli enti territoriali nell'attuazione del PNRR andrebbe completata anche alla luce di due voci specifiche, relative alle norme sulla rendicontazione e alle disposizioni di semplificazione contabile; nonché alle norme attinenti ai poteri sostitutivi (fino a quelle relative al recupero dei fondi dagli enti territoriali). E, in questo contesto, il monitoraggio, in ragione dei principi di condizionalità e di valutazione *ex ante*, impone che ci sia corrispondenza e coerenza tra i finanziamenti richiesti e *target* e, soprattutto che i fondi siano erogati (e gli esborsi riconosciuti) sulla base del soddisfacente adempimento di insiemi di *milestones* e di *target* correlati ai progressi effettivamente compiuti (e non alla spesa erogata).

Tali aspetti introducono elementi importanti nella lettura complessiva del sistema di attuazione del PNRR, chiarendo la natura sostanziale della *governance* e, soprattutto, dell'effettivo ruolo affidato al livello locale<sup>88</sup>.

Una architettura che non esclude a priori gli enti locali, per i quali, secondo una stima delle risorse RFF sarebbero destinatari di circa il 35% dei fondi complessivi, con un peso maggiore, coerentemente al quadro di competenze costituzionali, sulla Missione 2 (transizione ecologica) e sulla Missione 5 (Inclusione sociale). Di tali fondi, circa 28 miliardi sono destinati ai Comuni e alle Città Metropolitane.

In questo contesto il Comune, e se ne comprende la logica, viene inquadrato quale possibile soggetto attuatore degli interventi finanziati, con la responsabilità di provvedere all'avviso del progetto finanziato, individuare, attraverso procedure di affidamento, realizzatori/fornitori/professionisti; seguire gli stati di avanzamento del progetto, dunque con lo specifico compito di seguire il progetto lungo tutto l'arco della sua vita. E dalla lettura del quadro normativo emerge con chiarezza come la competenza sia in capo al Comune, sebbene la titolarità rimanga, però, in capo alle amministrazioni centrali per i singoli settori di riferimento che fungono da raccordo fra i diversi soggetti attuatori, e che gestiscono gli interventi attraverso bandi o avvisi e che, se finanziati, vedono affluire le risorse sui conti di tesoreria.

## 7. Il risultato. La misura dell'azione amministrativa: dall'efficienza all'appropriatezza sostenibile

In questo quadro si coglie con chiarezza la centralità che il Comune può avere nel contesto del PNRR, pur patendo di quella dimensione centralizzante

<sup>88</sup> Cfr. C. BARBATI, *Territori e interessi economici: le 'politiche dei luoghi' per lo sviluppo locale*, in *Ist. fed.*, 2009, 243 ss.

che in un certo senso stride con la *governance* reticolare, multiattoriale, multilivello e partecipativa, tesa a garantire processi di sviluppo sostenibile.

È indubbio, infatti, come si è accennato, che il modello del PNRR, pur con tale connotazione centralizzante, lascia tuttavia aperti potenziali spazi di agire, realizzati e “misurati” in termini di *performance* e di appropriatezza. In questa prospettiva si coglie la grande sfida per enti territoriali, e i Comuni, in particolare, a (ri)appropriarsi a pieno dello spazio strategico, programmatico e attuativo che le maglie del modello organizzato del PNRR lasciano. Allo stesso tempo, quindi, in questa prospettiva appare ancora più strategico andare ad approfondire il tema stesso della sostenibilità<sup>89</sup> e della «appropriatezza» nella sua poliedricità, riferita tanto alla dimensione organizzativa, quanto legata all'azione dell'amministrazione, secondo una linea che potenzia e coglie, proprio in base all'evoluzione del sistema nel senso indicato in precedenza, ridefinendo, e dunque valorizzando, la portata sostanziale e multiforme del concetto stesso di *accountability* che dovendo coniugare le plurime prospettive degli attori, dei risultati, e delle dimensioni degli stessi risultati non può essere vittima di una contaminante estensione della sola dimensione economica che ne genera una pericolosa riduzione terminologica e concettuale.

In altri termini, occorre superare quelle torsioni indotte dall'efficienza che, per usare le parole della Sassen, «nel momento in cui (...) [è diventata] un obiettivo, [ha] sostituito l'interesse pubblico (...) funziona[ndo] come una sua controfigura: l'ideale dello Stato regolatorio ha lasciato il posto a quello di uno stato competitivo la cui nuova norma è massimizzare l'efficienza»<sup>90</sup>.

Quella stessa efficienza che, come ben sappiamo, nel tempo si è rivelata inadatta a governare alcuni processi impedendo l'applicazione di più adeguati criteri distributivi e rimanendo essa stessa vittima di concorrenze intersistemiche che hanno spesso avuto l'effetto di abbassare i livelli di garanzia, interrompendo il processo di interazione necessarie per la tenuta dei diritti e sottraendo le attività ormai privatizzate a ogni forma di responsabilità verso il pubblico.

---

<sup>89</sup> Prima di entrare nel merito delle dimensioni di risultato – e di risultato “sostenibile” – si vuole qui evidenziare come il PNRR intenda a rafforzare strategicità delle dimensioni fondamentali della sostenibilità andando a definire priorità, missioni e obiettivi (verticali o trasversali) legati alle principali sfide (transizioni digitale ed ecologica) e divari (economici, sociali, di genere e territoriali). Con riferimento specifico alla sostenibilità ambientale, viene anche fissato il principio di “non arrecare danno significativo agli obiettivi ambientali” (DSNH – con riferimento al sistema di tassonomia delle attività ecosostenibili indicato all'articolo 17 del Regolamento (UE) 2020/852) che tutte le misure del PNRR devono soddisfare. La coerenza di tale principio è richiamata anche in relazione al ruolo specifico affidato agli enti territoriali. Come evidenziato da un recente intervento della Dr.ssa Caffù (novembre 2021), per assicurare il DSNH le amministrazioni titolari di misure del PNRR: a monte, indirizzano gli interventi così da renderli conformi *ex ante* (anche attraverso, ad esempio, l'adozione di criteri di selezione specifici utili negli avvisi per il finanziamento di progetti); costruiscono un sistema rendicontativo capace di evidenziare per ogni *milestone/target* il rispetto delle condizioni collegate al principio del DSNH.

<sup>90</sup> S. SASSEN, *La città nell'economia globale*, cit., 251.

E, inoltre, tutto il dibattito sulla portata dell'equilibrio di bilancio, e dello stesso bilancio come bene pubblico<sup>91</sup> ne sono certo una vivace testimonianza che esprime, a mio sommosso avviso, la consapevolezza che è la mercantizzazione della funzione pubblica a porre a rischio gli stessi diritti dei cittadini.

Una consapevolezza che non può prescindere dalla valorizzazione del legame intrinseco tra *fini, impatto e procedure*.

In questo senso, spunti interessanti vengono proprio dalla lettura di documenti quali l'agenda urbana sostenibile, un documento redatto da ASVIS (alleanza italiana per lo sviluppo sostenibile) e dalle riflessioni svolte nel contesto della redazione del rapporto Urb@n.it (*Centro nazionale gli studi per le politiche urbane*) che, già nel 2019, ben prima che la crisi pandemica rendesse ancora più manifeste criticità ed esigenze di cambiamento degli stessi canoni interpretativi dei rapporti istituzioni-territori, declinava obiettivi e proposte muovendo proprio dalla considerazione dell'obiettivo 11 dell'Agenda 2030 e focalizzando l'attenzione anche sugli obiettivi della stessa Agenda riferiti alle aree urbane, ma non solo, nel cui contesto vengono garantite quelle componenti essenziali del diritto alla città che consentono di individuare gli ambiti di intervento del Comune per la garanzia di tali diritti, non solo attraverso interventi distinti, ma anche attraverso azioni che strutturino il contesto di riferimento valorizzando quella matrice organizzativa costruita per l'attuazione del PNRR che rimanda alla triade di significati complementari della funzione amministrativa (materiale, soggettivo e formale) che si esplicitano e definiscono nel sistema delle attività e nell'organizzazione del potere pubblico<sup>92</sup>. Funzione che, però, come ampiamente approfondito dalla dottrina, non è più ancorata alla visione di Jellinek, e cioè espressione esclusiva del rapporto tra attività e fini dello Stato, ma si pone quale «*rapporto tra attività e unità dell'ordinamento posta dalla norma fondamentale regolatrice del processo di produzione e applicazione del diritto*»<sup>93</sup>. Dunque, una funzione che ingloba, e per certi versi presuppone (o dovrebbe presupporre) le istanze del polo sociale che mira a soddisfare (o alla cui soddisfazione dovrebbe mirare), emergendo non solo nella sua dinamica correlata alla soddisfazione degli interessi pubblici e degli interessi espressi dai poli sociali di riferimento, ma anche nella sua valenza organizzativa, anche del contesto, valorizzando in diversa prospettiva anche quella relazione logico-giuridica tra potere e atto alla quale, secondo gli insegnamenti di F. Benvenuti, non a caso trovano applicazione quelle regole generali che rappresentano la «più intima essenza» dell'ordinamento amministrativo e cioè il principio di giu-

<sup>91</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *Federalismi*, 2019; F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *Federalismi*, 2018.

<sup>92</sup> G. MARONGIU, *Funzione amministrativa ad vocem*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, ora anche in *La Democrazia come problema*, Bologna, 1994, 302, 303.

<sup>93</sup> G. MARONGIU, *Funzione*, cit., 312.

stizia sostanziale, il principio di ragionevolezza e il principio di organizzazione. Principi che, se letti in una dimensione teleologica orientata alla soddisfazione del bisogno che un determinato gruppo sociale esprime in un certo momento storico, portano come corollario il principio di appropriatezza (che supera le 3 E, ispirate a una visione prevalentemente legata al profilo dei costi) riferito tanto alla dimensione dell'*output* dell'attività dell'organo, quanto a monte, alla sua dimensione organizzativa e delle finalità stesse che le sono ascritte.

In questo senso, dunque, nell'esaminare il ruolo del Comune, nel contesto della *governance* multilivello, multiattoriale e a rete, così come declinata nel PNRR, la riflessione va spostata dal puro piano delle competenze a quello degli effetti del loro esercizio su un sistema policentrico di competizione amministrata, e, dunque, sulla organizzazione del sistema e sulla sua idoneità a garantire il risultato avuto di mira. In altri termini, il tema centrale non è rappresentato dal raggiungimento dei *target* in sé considerati, per quanto strategicamente rilevante a supporto della ripresa e resilienza, quanto dalla implementazione delle azioni, di sistema e strumentali, che garantiscono gradi crescenti di appropriatezza sostenibile dell'azione amministrativa e che possono prescindere dalla dimensione del contesto. E, in tal senso, si può leggere, ad esempio, proprio il sistema delle riforme abilitanti, tra cui gli interventi sullo stesso procedimento amministrativo che, evidentemente, è inquadrato in una visione strumentale al raggiungimento degli obiettivi prefissati. Una sfida irrinunciabile di innovazione possibile offerta dal PNRR, e dunque la riflessione sul contesto e sull'organizzazione nella proiezione della organizzazione della dimensione territoriale, assumono un rilievo centrale in quanto funzionali alla costruzione dei pilastri sui quali poggiare politiche non solo di sostenibilità ma anche di resilienza, che va riferita all'intero sistema e non va intesa nella dimensione, limitata e limitante, della mera reazione all'evento avverso, ma in quella più complessa di costruzione di quelle *capacities* e *capabilities* che consentono agli enti, e dunque anche al Comune, di porsi essi stessi come strumenti e motori di sussidiarietà, partecipazione e, dunque, resilienza del sistema e questo anche al di fuori del PNRR portando avanti quello sviluppo che nel PNRR dovrebbe trovare solo inizio. Non a caso nel PNRR, che è indubbiamente un programma di risultati, sono inserite, come detto, organicamente riforme abilitanti, tra cui la riforma dell'amministrazione, all'interno del sistema di obiettivi che devono essere raggiunti.

Coerentemente alle finalità strategiche e all'impianto programmatico assunto dal PNRR, esso contiene un sistema di riforme che integrano e supportano l'efficace attuazione delle Missioni del Programma e il raggiungimento di obiettivi, milestone e *target* posti (per missione, settoriali e trasversali).

Ai fini dell'analisi del presente contributo assume particolare rilevanza un rimando, strutturato seppur sintetico, alla Riforma della pubblica amministrazione, definita nell'ambito delle "riforme orizzontali o di contesto" del PNRR

insieme alla riforma del sistema giudiziario<sup>94</sup>, ovvero *“innovazioni strutturali dell’ordinamento, d’interesse trasversale a tutte le Missioni del Piano, idonee a migliorare l’equità, l’efficienza e la competitività e, con esse, il clima economico del Paese”*. Riforma che si articola in diverse direttrici di intervento.

La riforma della PA definisce un programma di riforme e investimenti che si muove su quattro assi principali: accesso (procedure di selezione più efficaci, snelle e mirate); buona amministrazione (norme e procedure semplificate); competenze (allineamento dinamico di conoscenze e capacità organizzative rispetto alle esigenze poste dall’amministrazione “innovata” ed “appropriata”); digitalizzazione (dimensione e strumento trasversale di attuazione delle riforme stesse).

Rilevano, in particolare, nel contesto del presente contributo, il focus specifico dedicato a:

- le riforme finalizzate alla “buona amministrazione”, tese a *rendere più efficace ed efficiente l’azione amministrativa, riducendo tempi e costi per cittadini e imprese. In particolare, obiettivo delle riforme è adottare misure volte a ridurre i tempi per la gestione delle procedure, con particolare riferimento a quelle che prevedono l’intervento di una pluralità di soggetti, quale presupposto essenziale per accelerare gli interventi cruciali nei settori chiave per cittadini e imprese, liberalizzare e semplificare, anche mediante l’eliminazione di adempimenti non necessari, reingegnerizzare e uniformare le procedure*<sup>95</sup>;
- gli interventi a supporto dell’evoluzione del sistema delle competenze, a sostegno dell’importante – e necessario – processo di innovazione dell’azione pubblica, sia nella dimensione del processo sia in quella dei risultati/impatti attesi e valutati. In particolare, l’investimento 2.3 *“Competenze e capacità amministrativa”* prevede la destinazione di un pacchetto importanti di risorse per il rafforzamento delle competenze del personale, a completamento, integrazione e supporto del più ampio rafforzamento della capacità amministrativa. Gli interventi dedicati allo sviluppo delle competenze si sviluppano su tre linee sinergiche: 1) realizzazione diffusa di percorsi di *reskilling* e *upskilling* delle competenze fortemente incentrati sulle priorità del PNRR e sulle competenze manageriali necessarie per una PA moderna ed efficace; 2) promozione di processi di scambio di buone pratiche (e di esperienze e risorse) tra amministrazioni attraverso la valorizzazione di

<sup>94</sup> Il quadro complessivo delle riforme previste dal PNRR si completa con: le Riforme abilitanti, ovvero gli *“interventi funzionali a garantire l’attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese”*. In tale ambito rilevano, in particolare, le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza; le Riforme settoriali, declinate all’interno delle Missioni specifiche e che rimandano a misure/innovazioni normative riferite a specifici ambiti di intervento e/o attività economiche). In tale ambito rilevano, ad esempio, la legge quadro sulla disabilità, il Piano strategico per la lotta al lavoro sommerso, i servizi sanitari di prossimità.

<sup>95</sup> Così espressamente prevede il PNRR.

“comunità di competenze” tematiche e trasversali alle amministrazioni. 3) attuazione di progetti specifici e azioni di supporto per le amministrazioni di medie/piccole dimensioni.

In questo contesto, le amministrazioni territoriali, e in particolare il Comune dovranno, imparare a sviluppare processi organizzativi, competenze e modelli di programmazione che trovano nella appropriatezza il fulcro sostanziale che non può che essere realizzato tenendo a mente i tre piani: dei processi, delle competenze e dei risultati. In altri termini, dovranno imparare pensare globalmente e agire localmente senza venire meno a quei doveri di solidarietà che incombono sulle istituzioni, o forse più correttamente che sono la ragione della stessa esistenza delle istituzioni. E per fare ciò sarà necessario valorizzare quel legame tra appropriatezza della funzione e intelligenza organizzativa, con le conseguenze che la appropriatezza non potrà essere riduttivamente limitata agli indicatori di valutazione del risultato, ma dovrà rappresentare il valore trainante dell'azione e, dunque, non potrà prescindere dalla valorizzazione del sistema organizzativo e delle competenze.

### Abstract

La crisi pandemica, e soprattutto le reazioni ad essa, hanno posto maggiore enfasi sul tema delle relazioni tra autorità e diritti, evidenziando la necessità di ripensare il ruolo delle amministrazioni al fine di guidare le traiettorie di sviluppo sostenibile e di innovazione sociale dei territori, definendo le linee di fondo sulla cui base individuare il ruolo dell'azione di *governance*, e in particolare della *governance* territoriale, secondo una prospettiva che pone il territorio al centro dello sviluppo, come principale attore (assieme al momento istituzionale) della sostenibilità e della stessa resilienza.

In questo contesto, il richiamo alla pluriforme e polisemica dimensione territoriale, e del comune in particolare, consente di individuare diversi livelli di analisi che intercettano il territorio, in quanto luogo di espressione del bisogno, luogo della comunità e, quindi, destinatario degli interventi; l'azione dei diversi soggetti operanti sul territorio e, dunque, l'azione (pubblica) in un contesto multilivello e multiattoriale proprio di un sistema di *governance* a rete, e in ultimo il risultato amministrativo, frutto di una dialettica tra organizzazione e funzione che ne consente una lettura in termini non solo di sostenibilità ma, a monte, in termini di appropriatezza, riferita non solo al risultato, ma anche a tutti gli elementi (anche organizzativi) che ne rappresentano il presupposto logico e imprescindibile.

Public administration between organisational appropriateness and results: ideas for a reinterpretation of the dialogue between territory, authority and rights

The pandemic crisis, and especially the reactions to it, have placed greater emphasis on the issue of the relationship between authority and rights, highlighting the need to rethink the role of the administrations in order to guide the trajectories of sustainable development and social innovation, defining the foundations on the basis of which to identify the role of governance, and in particular of territorial governance, from a perspective that places the territory at the center of development, as the main player (along with the institutional one) of sustainability and resilience.

In this context, the reference to the multiform and polysemous territorial dimension, and of the municipality in particular, allows the identification of different levels of analysis of the territory, as a place of the expression of a need, a place of the community and, therefore, a recipient of interventions; the action of the various subjects operating in the territory and, therefore, the (public) action in a multilevel and multi-player context typical of a network governance system, and ultimately the administrative result, the fruit of a dialectic between organisation and function that allows a reading not only in terms of sustainability but, earlier, in terms of appropriateness, referring not only to the result, but also to all the elements (including organisational) that represent its logical and essential prerequisites.

# Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica\*

di Fabio Saitta

SOMMARIO: 1. Breve premessa introduttiva. – 2. L'eccesso di potere nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. – 3. La «geniale invenzione»: le figure sintomatiche. – 4. La ricostruzione dottrinale della figura. – 5. Le figure sintomatiche «classiche» alla prova dei tempi: a) le criticità originarie e lo scarso utilizzo dello sviamento di potere. – 6. *Segue: b)* da sintomi a vizi. – 7. *Segue: c)* la redistribuzione topografica: da eccesso di potere a violazione di legge. – 8. Eccesso di potere e attività vincolata: separati in casa? – 9. Nuove tecniche di tutela: a) eccesso di potere e clausole generali. – 10. *Segue: b)* dall'eccesso di potere al sindacato di proporzionalità. – 11. *Segue: c)* eccesso di potere, ragionevolezza e merito amministrativo (con un brevissimo cenno al sindacato sulle valutazioni tecniche). – 12. Per concludere: lo «stato di salute» dell'eccesso di potere.

## 1. Breve premessa introduttiva

Com'è stato notato in una recente voce enciclopedica sull'argomento, «[l]'eccesso di potere caratterizza la nascita del diritto amministrativo e del giudice amministrativo»: era, dunque, inevitabile che, a seguito dell'evoluzione dell'ordinamento, nazionale e sovranazionale, esso subisse un profondo mutamento<sup>1</sup>. L'espressione «eccesso di potere», d'altronde, ci viene – com'è risaputo – dall'*excès de pouvoir* francese, il cui significato si è parimenti evoluto nel tempo<sup>2</sup>. Infine, l'eccesso di potere amministrativo (perché soltanto di questo – sia ben chiaro – parlerò, non anche dell'eccesso di potere giurisdizionale, tema per ora al centro di un acceso dibattito) è – com'è pure notissimo – un prodotto dell'elaborazione giurisprudenziale: secondo un'efficace espressione di Sabino Cassese, esso è stato un fondamentale strumento nelle mani del giudice amministrativo per edificare la «cattedrale» in cui consiste il diritto amministrativo<sup>3</sup>. Anche per questo, quindi, tale figura dev'essere intesa nelle varie fasi dell'evoluzione storica e della conseguente riflessione concettuale<sup>4</sup>. Evoluzione che, peraltro, non è sempre verificabile per passaggi cronologici, in quanto – come ha

---

\* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Maria Luisa Bassi*.

<sup>1</sup> C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*, 2016, *abstract*.

<sup>2</sup> P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 124.

<sup>3</sup> *Grandezze e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1988, 777, laddove si afferma che, grazie a questo strumento, il giudice amministrativo «è stato un giudice di legittimità, in Italia, nel senso che ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare»; *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, *ivi*, 2020, 342.

<sup>4</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere – II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988, 1.

notato Massimo Severo Giannini – «l'ampliamento logico-giuridico dell'eccesso di potere non si svolge secondo una linea continua di sviluppo, ma secondo più linee, che è oltretutto impossibile fissare secondo un'ordinata cronistica»; tale indeterminatezza cronistica, peraltro, rende «impossibile individuare settori di emergenza dell'indirizzo ampliativo dell'eccesso di potere», nel senso che tale indirizzo si può ritrovare tanto nei settori tradizionali quanto in quelli nuovi<sup>5</sup>.

Stando così le cose, appare opportuno iniziare questa riflessione sull'eccesso di potere con una digressione storica sul processo di formazione dell'istituto<sup>6</sup>.

L'ampiezza del tema, tuttavia, stronca sul nascere l'aspirazione a riassumere tutti i profili evolutivi che meriterebbero di essere approfonditi, sicché sarò costretto ad operare una selezione, che ben potrà risultare opinabile a chi avrà la pazienza di leggere questo scritto.

## 2. *L'eccesso di potere nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa*

Va detto subito che, ancorché abbia intersecato continuamente – talvolta con le sue assenze, talaltra con i suoi primi recepimenti – la formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa<sup>7</sup>, il *recours pur excès de pouvoir*, già abbastanza definito nella Francia del Secondo Impero, non era un istituto giuridico particolarmente familiare ai padri fondatori del nostro Stato unitario<sup>8</sup>.

Com'è noto, nel 1865, quando, al fine di eliminare ogni fonte del particolarismo giuridico già presente negli stati preunitari, furono soppressi i tribunali amministrativi, considerati, a torto o a ragione, organi dell'esecutivo *tout court*, quindi inidonei a fornire il benchè minimo affidamento al cittadino, si lasciarono sformite di tutela tutte le situazioni d'interesse precedentemente protette: ben presto ci si accorse che l'abolizione di quello che era considerato il foro privile-

<sup>5</sup> M. D'ALBERTI, Intervista a Massimo Severo Giannini: *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, 2, 104.

<sup>6</sup> Sull'importanza di un siffatto approccio, G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nss. Dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 221, secondo il quale l'eccesso di potere è uno di quei «nodi della teoria del provvedimento amministrativo che non si possono intendere se non storicizzando».

<sup>7</sup> Nel senso che il *recours pour excès de pouvoir* ed il nostro ricorso per far valere l'illegittimità degli atti amministrativi «costituiscono (e costituiscono) la risposta alla medesima esigenza, quella di estendere il controllo della legittimità dell'azione (unilaterale ed autoritativa) dell'amministrazione oltre il limite connesso con la tutela dei diritti soggettivi dei privati (o, come preferiscono esprimersi gli studiosi francesi, degli *administrés*)», F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2. In argomento, di recente, anche F. MELLERAY, *Les origines du recours pour excès de pouvoir*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto* (Atti del colloquio di Firenze, 13 aprile 2018), Torino, 2018, 21 ss.

<sup>8</sup> B. SORDI, *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, in S. TORRICELLI (a cura di), *op. cit.*, 31.

giato della pubblica amministrazione aveva in realtà privato la maggior parte dei rapporti tra cittadino e pubblici poteri di qualsivoglia garanzia giurisdizionale<sup>9</sup>. All'ordine del giorno dell'agenda di governo dell'epoca, del resto, non trovava ancora spazio l'argomento del controllo del potere discrezionale della pubblica amministrazione<sup>10</sup>.

Si consideri anche che la letteratura di riferimento dei protagonisti del dibattito sull'unificazione amministrativa del Regno nei primi anni '60 del diciannovesimo secolo era sì francese, ma risalente ad un periodo in cui non v'erano ancora tracce dell'eccesso di potere<sup>11</sup>, il che spiega perché la distinzione tra diritto ed interesse divenne una barriera tra presenza ed assenza di vincolo all'esercizio del potere amministrativo, come icasticamente sintetizzato dal celebre «ch'ei si rassegni» di Pasquale Stanislao Mancini<sup>12</sup>.

La legge sui conflitti approvata nel 1877 non risolse il problema perché, pur avendo indubbiamente ridotto il prepotere dell'amministrazione, non limitò effettivamente il potere esecutivo, che rimase libero da ogni controllo giurisdizionale sia di merito che di legittimità; essa, però, ha un certo rilievo per quanto qui d'interesse perché, per la prima volta in Italia, venne recepita l'ormai diffusa locuzione «eccesso di potere»<sup>13</sup>. Il significato dato a tale formula dall'art. 3 di quella legge, che attribuì alla Cassazione di Roma la competenza a giudicare, tra l'altro, della nullità delle sentenze delle giurisdizioni speciali per incompetenza o, appunto, eccesso di potere, era, però, quello di incompetenza assoluta<sup>14</sup> – o, se si preferisce, di difetto di attribuzione o di straripamento di potere<sup>15</sup> – e non aveva, quindi, nulla a che vedere con l'attuale<sup>16</sup>. E seppure, in quegli anni, il *Conseil d'État* avesse notevolmente ampliato il significato della locuzione, spostandolo dall'incompetenza assoluta allo sviamento<sup>17</sup>, la dottrina italiana dell'epoca, che pur era a conoscenza di tale evoluzione della giurisprudenza d'Oltralpe, rimase ferma

<sup>9</sup> O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 70-72.

<sup>10</sup> «Non è questa la legge nella quale possiamo e dobbiamo occuparci delle garanzie dell'esercizio dell'amministrazione pura»: P.S. MANCINI, *Atti Parlamentari. Camera dei Deputati*, Legislat. VIII, 2ª sessione, tornata 13 giugno 1864, 2937.

<sup>11</sup> B. SORDI, *Plaidoyer per l'unità della giurisdizione: Pasquale Stanislao Mancini e l'abolizione del contenzioso amministrativo*, in S. BORSACCHI, G.S. PENE VIDARI (a cura di), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto italiano*, Bologna, 2014, 845 ss.

<sup>12</sup> B. SORDI, *Il controllo*, cit., 32, al quale si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

<sup>13</sup> O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 74-75.

<sup>14</sup> Per l'iscrizione dell'eccesso di potere alla categoria dei vizi di incompetenza, per tutti, G.D. ROMAGNOSI, *Principi di diritto amministrativo*, 2ª ed., Firenze, 1832, I, cap. II, §§ 11 e 12, e V, § 5, 113.

<sup>15</sup> F. MODUGNO – M. MANETTI, *op. cit.*, 1; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 309.

<sup>16</sup> O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 75.

<sup>17</sup> Cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, Paris, 1888, II, 521 ss.

all'accezione originaria<sup>18</sup>, verosimilmente perché in Italia i tempi non erano ancora maturi per l'avvio di uno sviluppo garantistico<sup>19</sup>.

Tra il 1865 ed il 1889, vi fu un processo di maturazione lento ed incerto. Da un lato, in dottrina si cominciò a sentire maggiormente l'eco della dottrina francese, che iniziò a svelare le possibilità racchiuse nel c.d. «contenzioso del non contenzioso»<sup>20</sup>, e la giurisprudenza del Consiglio di Stato sui ricorsi al Re<sup>21</sup>, che aveva studiato attentamente la giurisprudenza del *Conseil d'État* sull'*excès de pouvoir*<sup>22</sup>, dimostrò nuove tecniche di verifica del potere amministrativo; dall'altro, nei lavori parlamentari della legge istitutiva della Quarta Sezione, l'eccesso di potere, che poi andò a comporre la triade dei vizi di legittimità, era ancora assimilato all'incompetenza assoluta<sup>23</sup>. Ingiustizia manifesta ed abuso di potere, infatti, si persero per strada e – com'è noto – si dovette attendere un saggio, ormai famoso, pubblicato nel 1892 da Alfredo Codacci Pisanelli<sup>24</sup> per una prima messa a punto consapevole della nozione.

Fu in quel lasso di tempo, del resto, che, nei dibattiti politici e dottrinali, maturò lentamente la consapevolezza del problema della «giustizia nell'amministrazione», che venne efficacemente denunciato da Silvio Spaventa nel celebre discorso del 6 maggio 1880 all'Associazione costituzionale di Bergamo<sup>25</sup> ed in quello, invero mai pronunciato<sup>26</sup>, predisposto in occasione dell'inaugurazione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato il 13 marzo 1890<sup>27</sup>. Nei discorsi di Spaventa, ai quali fecero seguito numerosi lavori, sia di carattere giuridico che di taglio spiccatamente politico<sup>28</sup>, emergeva chiaramente il convincimento che la libertà e l'indipendenza dell'amministrazione dall'autorità giudiziaria non fosse quella di un'attività irrazionale ed irresponsabile, senza scopo e/o con scopi

<sup>18</sup> Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-1882, III, 88-89; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892, 76.

<sup>19</sup> O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 76.

<sup>20</sup> La definizione è di L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 1878, I, 458 ss.

<sup>21</sup> Illustrata da A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, II. *Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 77.

<sup>22</sup> M. D'ALBERTI, *Influenze reciproche tra Italia e altri ordinamenti nel diritto amministrativo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015, 164.

<sup>23</sup> B. SORDI, *op. ult. cit.*, 33.

<sup>24</sup> *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892, IV, 1 ss., ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 249 ss., e in *Foro amm.*, 1989, 2563 ss. e 2927 ss.

<sup>25</sup> In S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa. Saggi*, Torino, 1949 e in ID., *La politica della destra. Scritti e discorsi raccolti da Benedetto Croce*, Bari, 1910, 53 ss.

<sup>26</sup> Come riferisce G.M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969, 107, nt. 1, infatti, l'inaugurazione della Quarta Sezione non avvenne nella forma solenne prevista.

<sup>27</sup> In *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 289 ss.

<sup>28</sup> O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 77-78.

egoistici personali, ma avesse norme proprie connaturali ai fini che essa era obbligata ad osservare<sup>29</sup>.

L'incertezza del percorso di cui si diceva, tuttavia, trova conferma nel fatto che, malgrado il crescente interesse sul tema, i contenuti del sindacato di eccesso di potere continuavano ad essere quantomai incerti e, soprattutto, era palese il timore che l'istituendo giudice amministrativo venisse dotato di strumenti d'indagine troppo penetranti, che avrebbero potuto sopraffare l'esecutivo<sup>30</sup>. Non a caso, quando il disegno di legge presentato da Crispi nel 1887 attribuì all'istituenda sezione per il contenzioso del Consiglio di Stato la competenza a giudicare «dei ricorsi per incompetenza o eccesso di potere, per violazione di legge o regolamenti, per abuso di potere o per ingiustizia manifesta», si sviluppò un vivace dibattito, generato in particolare dalla previsione del vizio di «ingiustizia manifesta», che, rinviando a profili di giustizia sostanziale, adombrava un sindacato dai limiti indefiniti, che destò notevoli preoccupazioni nell'esecutivo<sup>31</sup>.

Nell'art. 24 della legge del 1889, venne infine ammessa soltanto l'attuale triade dei vizi di legittimità, fermo restando, peraltro, che l'eccesso di potere – che ancor oggi, pur indicandolo come uno dei tre vizi di legittimità, nessuna legge, sostanziale o processuale, ci dice cosa sia<sup>32</sup> – continuò ad essere inteso come straripamento della sfera di competenze dell'amministrazione: vizio «che rende radicalmente nullo il provvedimento per assoluta mancanza della facoltà di emanarlo»<sup>33</sup>.

In dottrina, nessuno evidenziò chiaramente l'esigenza di ampliare il contenuto della locuzione «eccesso di potere»<sup>34</sup>, sicché – come poi accadrà spesso sino

<sup>29</sup> C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in *Cons. Stato*, 1992, II, 1566.

<sup>30</sup> Per tutti, G. MANTELLINI, *op. cit.*, 332-333: «da giustizia amministrativa si pratica ugualmente male con licenziare come con frenar di soverchio l'Amministrazione; e tanto col mutare il giudice in ministro, quanto il ministro in giudice. E dunque studiamoci di ben porre questi confini».

<sup>31</sup> O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 80. Puntuali indicazioni bibliografiche in A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011, 214, nt. 89.

<sup>32</sup> L'ha recentemente notato G. CORSO, *I principi generali del diritto amministrativo. Una riflessione, in Temi e questioni di diritto amministrativo*, a cura di L. GIANI, M. IMMORDINO e F. MANGANARO, Napoli, 2019, 39, avendo riguardo alla legge Crispi, al testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, alla legge istitutiva dei t.a.r., alla legge sul procedimento amministrativo ed al codice del processo amministrativo. È appena il caso di rilevare che anche in ambito europeo manca tuttora l'indicazione dell'eccesso di potere come autonomo vizio di legittimità degli atti: cfr. A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 608.

<sup>33</sup> Così nella *Relazione dell'Ufficio centrale del Senato* elaborata dal senatore G. COSTA, in *Senato del Regno*, Legislat. XVI, Sez. 1867-88, atti interni, I, doc. n. 6-A, Roma, 1888, 15-16.

<sup>34</sup> Un timido spunto può cogliersi in F. FILOMUSI GUELF, *Nota alla decisione della IV Sez. del Consiglio di Stato del 24 novembre 1881*, in *Giust. amm.*, 1881, 57-58, il quale, se non altro, notò che «il pensiero di relatore o di ministro espresso in una relazione o in un discorso, non è un'interpretazione autentica della legge».

ai giorni nostri – toccò al Consiglio di Stato, allora presieduto proprio da Silvio Spaventa, dare il via, in contrasto con la volontà del legislatore, al recepimento dei traguardi cui era giunta la dottrina francese: si allude alla storica decisione del 1892, che, pur rigettando il ricorso, basò la propria pronuncia sulla considerazione che l'apprezzamento su cui si fondava il provvedimento impugnato non conteneva «nulla di illogico e di irrazionale o di contrario allo spirito della legge per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere»<sup>35</sup>. Il che equivale a dire che l'eccesso di potere sussiste ogniqualvolta il provvedimento è illogico e irrazionale<sup>36</sup>.

La decisione, seguita da altre di analogo tenore<sup>37</sup>, fu subito ripresa nel citato saggio di Codacci Pisanelli, che censurò l'acritica equiparazione del sindacato di legittimità del Consiglio di Stato a quello della Cassazione, affermando che il primo, a differenza della seconda, «può, quando lo crede opportuno, istituire e compiere indagini sui motivi che han dato luogo all'atto accusato d'illegittimità»; ne consegue che i suoi poteri, giungendo ad indagare sulle motivazioni dell'atto, devono contemplare «la possibilità d'una dichiarazione d'eccesso di potere provocata da apprezzamenti illogici o irrazionali sui quali si fondi l'atto impugnato»<sup>38</sup>. In tal modo, il giurista romano delinè un sindacato che, seppure limitato ad un'indagine di legittimità, penetra la sfera del potere discrezionale per «ricercare lo scopo cui è dovuta la concessione di esso», per accertare se, pure rimanendo nei propri limiti, «esso sia veramente diretto allo scopo cui fu concesso»<sup>39</sup>.

Al di là della solidità della sua ricostruzione teorica<sup>40</sup>, Codacci Pisanelli ebbe il merito di favorire la diffusione in Italia della prima edizione del trattato di Laferrière, pietra miliare nella classificazione della giurisprudenza del *Conseil d'État*<sup>41</sup>, e, più in generale, di incoraggiare il prosieguo del cammino da poco intrapreso, ancorchè timidamente, sulle orme della giurisprudenza e dottrina francesi<sup>42</sup>, dai giudici amministrativi nostrani<sup>43</sup>. Il suo intervento indicò una prospettiva concreta percorrendo la quale la Quarta Sezione avrebbe potuto realizzare un'effettiva tutela delle pretese del cittadino ad un legittimo esercizio del

<sup>35</sup> Dec. 7 gennaio 1892, n. 3, in *Giur. it.*, 1892, III, 214.

<sup>36</sup> G. CORSO, *ibidem*.

<sup>37</sup> Cfr., ad es., Sez. IV, 28 gennaio 1892, n. 32, in *Giust. amm.*, 1892, 59, che esclude la sussistenza del vizio di eccesso di potere in quanto l'atto «non era contrario alla legge, secondo lo spirito suo».

<sup>38</sup> *Op. cit.*, 280-281.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, 281-282.

<sup>40</sup> Criticata, ad es., da F. GAZZILLI, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza della IV Sez. del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1900, 219 ss.

<sup>41</sup> B. SORDI, *op. ult. cit.*, 33.

<sup>42</sup> Cfr. J. FOURNIER, G. BRABANT, *Recours pour excès de pouvoir*, in *Répertoire de droit public et administratif*, Paris, 1959, II, 673 e 727.

<sup>43</sup> O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 88.

potere discrezionale; quella giuridicizzazione dell'amministrazione pura che né la legge del 1865 né la giurisprudenza della Corte di cassazione avevano ritenuto di affidare al giudice ordinario<sup>44</sup>. Si trattò di un cammino che, però, continuò ad essere incerto – anche perché ostacolato dall'Avvocatura erariale, che tentò di ritagliare ambiti di esercizio del potere amministrativo lasciati «all'arbitrio discrezionale ed insindacabile del potere esecutivo»<sup>45</sup> – pure negli anni successivi, nei quali il Consiglio di Stato restò saldo nell'escludere che l'ingiustizia manifesta costituisse eccesso di potere nel senso dell'art. 24 della legge Crispi<sup>46</sup>.

Si era comunque messo in moto un primo controllo della discrezionalità, che, anche a causa della formazione civilistica di alcuni presidenti del Consiglio di Stato, utilizzò nozioni come quelle di «giusta causa», «errore negli atti unilaterali», «atti emulativi»<sup>47</sup> e fu comunque connotato, almeno agli inizi, dalla collateralità del giudice all'amministrazione e limitato alla correzione degli abusi più manifesti, in un quadro di persistente insindacabilità del potere<sup>48</sup>. Un controllo, dunque, esercitato pur sempre da un giudice «dans et au service de l'administration»<sup>49</sup>.

Si era, quindi, ancora ai primi passi della legalità garanzia; lo sviluppo delle figure sintomatiche era ancora di là da venire<sup>50</sup>.

### 3. La «geniale invenzione»: le figure sintomatiche

A differenza della separazione dalla violazione di legge – che, come vedremo, è più complessa –, la separazione dell'eccesso di potere dall'immagine di una sorta di «superincompetenza»<sup>51</sup>, cioè dallo straripamento di potere, ipotesi in cui l'amministrazione esercita poteri ad essa non spettanti, e dall'incompetenza (relativa) risultò abbastanza agevole<sup>52</sup>.

Come recentemente ricordato dallo stesso Consiglio di Stato<sup>53</sup>, nell'impo-

<sup>44</sup> B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 222.

<sup>45</sup> Emblematica l'eccezione di inammissibilità di un ricorso proposto avverso una dichiarazione di pubblica utilità, prontamente respinta da Cons. St., Sez. IV, 27 settembre 1892, in *Riv. amm.*, 1893, 50.

<sup>46</sup> Cfr., ad es., Sez. IV, 3 maggio 1895, n. 187, in *Riv. amm.*, 1895, 539.

<sup>47</sup> B. SORDI, *op. ult. cit.*, 34.

<sup>48</sup> Sul punto, *amplius*, E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1992, 529-534.

<sup>49</sup> N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle*, Paris, 2003, 170 ss.

<sup>50</sup> B. SORDI, *ibidem*.

<sup>51</sup> S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 101.

<sup>52</sup> C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 3.2.

<sup>53</sup> Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

stazione tradizionale, l'unica figura sintomatica dell'eccesso di potere era rappresentata dallo *sviamento di potere*, costruito sulla falsariga della giurisprudenza francese<sup>54</sup>: per ottenere l'annullamento dell'atto, il ricorrente doveva dimostrare che la pubblica amministrazione avesse inteso perseguire un interesse diverso da quello predefinito dalla legge. Ciò è del tutto comprensibile: si trattava dell'ipotesi meno compromettente dal punto di vista della distinzione tra legittimità e merito, in quanto l'esercizio del potere per una finalità diversa da quella per la quale è stato attribuito non può essere ritenuto conforme a legge ed a tale conclusione si perviene senza compiere alcuna valutazione di opportunità; tutt'al più, come si dirà, lo sviamento pone problemi di prova<sup>55</sup>.

Ad un certo punto, però, anche a seguito del progressivo pluralismo sociale ed istituzionale e del tramonto della «visione monolitica dell'interesse pubblico», lo sviamento iniziò ad essere una veste troppo stretta<sup>56</sup>, nel senso che sempre più spesso si presentarono al giudice amministrativo dei casi in cui la decisione amministrativa, pur urtando la sensibilità giuridica, non si poneva in palese contrasto con il fine legale<sup>57</sup>: «preso atto della difficoltà di dimostrare in giudizio l'effettiva esistenza di una devianza dalla causa tipica», la giurisprudenza amministrativa iniziò allora ad elaborare numerose figure sintomatiche dell'eccesso di potere<sup>58</sup>.

Per superare tali difficoltà, in sostanza, il giudice amministrativo ha ritenuto che, anche laddove non venga dimostrato lo sviamento, la rilevata violazione dei principi di logicità, ragionevolezza, coerenza e completezza dell'*iter* logico possa svolgere il ruolo di «spia» dello sviamento medesimo<sup>59</sup>. Da questo punto

<sup>54</sup> L. MANNORI, *L'influenza francese*, in *Le riforme crispine*, cit., 575 ss.

<sup>55</sup> C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 3.4.

<sup>56</sup> M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, Bologna, 1992, 41.

<sup>57</sup> C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 3.5. Nel senso che «lo sviamento di potere, che presuppone l'esercizio di una potestà discrezionale, si manifesta in via di deduzione logica e non come ribellione, più o meno aperta, al disposto di una norma, ossia come violazione di un dettato normativo, evidenziabile mediante un sillogismo giuridico», Cons. St., Sez. V, 25 novembre 1999, n. 1983, in *Foro amm.*, 1999, 2484.

<sup>58</sup> Cons. St., Sez. IV, n. 4174/2013, cit. Per gli sviluppi giurisprudenziali, cfr., *ex multis*, N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, 471 ss.; M. LETOURNEUR, *La recente evoluzione del ricorso per eccesso di potere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 246 ss.; M. CAMILLI, *Considerazioni sui «sintomi» dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss., spec. 1060; G. DE CESARE, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Milano, 1967; T. ALIBRANDI, *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impr., amb. e p.a.*, 1975, 229 ss.; ID., *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. e soc.*, 1982, 58 ss.; ulteriori indicazioni bibliografiche in A. CROSETTI, *op. cit.*, 212, nt. 87.

<sup>59</sup> D. DE CAROLIS, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2009, 1097, al quale si rinvia per l'esame delle principali figure.

di vista, a ragione, già più di sessant'anni fa era stato sostenuto da autorevole dottrina che l'eccesso di potere coincide completamente con lo sviamento di potere, mentre le cc.dd. figure sintomatiche non sono altro che la categorizzazione, forse neppure esauriente, dei mezzi necessari per dimostrarne l'esistenza<sup>60</sup>.

Si tratta di una tappa fondamentale nel tortuoso percorso evolutivo dell'istituto<sup>61</sup>, di un'intuizione geniale per il suo tempo: chiedendosi al giudice di accertare semplicemente il sintomo dell'esercizio scorretto della funzione, senza «spingersi fino ad accertare il male»<sup>62</sup>, si mantiene il pur profondo sindacato di eccesso di potere entro i binari di un controllo giuridico compatibile con la separazione dei poteri: così configurato, infatti, esso si risolve «nell'accertamento della violazione di un principio attinto dalla logica, dalla tecnica, dall'equità, dai principi generali dell'ordinamento»<sup>63</sup>, tutti valori che erano continuamente richiamati già nella più risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato e nelle opere dei maestri fondatori del nostro diritto amministrativo<sup>64</sup>.

L'eccesso di potere è stato, dunque, scomposto, per non dire frantumato, in tante figure dotate di una connotazione sostanziale, che ovviamente non possiamo qui esaminare singolarmente<sup>65</sup>. Ci limitiamo, quindi, a riferire che – secondo una classificazione proposta da parte della dottrina<sup>66</sup> e seguita, ancorché indirettamente, dalla giurisprudenza – esse potrebbero ricondursi a due diverse categorie: quelle attinenti all'*acquisizione del fatto* in ordine al quale l'amministrazione è chiamata a provvedere e quelle relative alla *valutazione del fatto* stesso. Nella prima categoria, rientrerebbero: travisamento dei fatti; carenza, falsità o erroneità dei presupposti; difetto di istruttoria; difetto di motivazione. Andrebbero, invece, ricompresi nella seconda: sviamento di potere; disparità di trattamento; contraddittorietà tra provvedimenti; violazione di norme interne; ingiustizia, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà interna e incongruenza manifeste<sup>67</sup>. Secondo

<sup>60</sup> Così E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss., spec. 313.

<sup>61</sup> Percorso talmente articolato, complesso e tortuoso da essere stato addirittura definito «una stragante telenovela»: B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, III, Padova, 1993, 315.

<sup>62</sup> C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 4.

<sup>63</sup> M. TRIMARCHI, *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1310-1311.

<sup>64</sup> G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 768, al quale si rinvia per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>65</sup> Si rinvia, pertanto, a M.G. CARCIONE, *Figure sintomatiche dell'eccesso di potere e ragionamento del giudice* (tesi di dottorato), 2012, in <https://arcadia.sba.uniroma3.it>, 50 ss.

<sup>66</sup> F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978, 260; più recentemente, P.M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, 105 ss.

<sup>67</sup> G. QUAGLIA, *L'atipicità dei vizi di legittimità* (tesi di dottorato), a.a. 2012/2013, in <https://air.unimi.it>, 26-29, cui si rinvia per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

una diversa catalogazione, le figure tipiche non sarebbero altro che ulteriori specificazioni dei tre schemi fondamentali che rientrano nell'eccesso di potere: sviamento dall'interesse pubblico o dalla causa tipica<sup>68</sup>; violazione dei precetti di logica o di giustizia; vizio nella formazione della volontà<sup>69</sup>.

È risaputo, peraltro, che «non esiste un numero chiuso di figure sintomatiche, avendo il giudice scelto proprio la strada di usarle come mezzi al fine di rendere più penetrante il sindacato sull'atto e sul procedimento amministrativo»<sup>70</sup>.

#### 4. *La ricostruzione dottrinale della figura*

In parallelo alla suddescritta evoluzione giurisprudenziale, si sono registrati numerosi tentativi della dottrina di inquadrare l'eccesso di potere, il cui «mistero»<sup>71</sup> risiede nell'esistenza di limiti al potere amministrativo (almeno originariamente<sup>72</sup>) *sans texte formel*, che differenziano la figura dagli altri due stati invalidanti.

Innanzitutto, ci si è interrogati sulla natura, sostanziale o processuale, delle figure sintomatiche e sul loro valore autonomo o ancillare (rispetto allo sviamento di potere ovvero all'eccesso di potere *tout court*), senza pervenire a soluzioni univoche.

In estrema sintesi, alcuni autori ritengono che le figure in parola abbiano una valenza meramente probatoria, cioè siano strumentali alla verifica dell'unico vizio: lo sviamento. Si parla a tal proposito di veri e propri «sintomi», che normalmente si accompagnano all'eccesso di potere, consentendo di individuare una divergenza tra il fine istituzionale dell'atto ed il suo concreto risultato<sup>73</sup>, ovvero di «indizi o indici rivelatori» di un vizio unitario nella sua

<sup>68</sup> Per questa suddivisione cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2. *Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 126. Che lo sviamento di potere possa ricorrere anche nei casi in cui lo scopo perseguito non sia illegittimo in sé e nemmeno contrario all'interesse generale, ma l'autorità non abbia agito per gli scopi che doveva perseguire nel quadro dei suoi speciali compiti, era già ben chiaro al diritto amministrativo francese ottocentesco: cfr. le *Conclusioni* dell'Avvocato generale M. LAGRANGE per Corte just. C.E.E., 10 febbraio 1955, *Asider*, nelle cause 1-54/3-54, in *www.eur-lex.europa.eu*.

<sup>69</sup> P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 421 ss. Più recentemente, l'A. ha preferito parlare dei tre «limiti interni della discrezionalità amministrativa», che ha individuato nell'interesse pubblico, nella causa del potere esercitato e nei precetti di logica e di imparzialità: ID., *Diritto amministrativo*, cit., 124-125.

<sup>70</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 349 ss.

<sup>71</sup> A. PIRAS, *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 598.

<sup>72</sup> V. *infra*, § 7.

<sup>73</sup> In questo senso, G. PALMA, *Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1963, 113; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15ª ed., Napoli, 1989, 698.

natura e nei suoi effetti<sup>74</sup> o ancora di vere e proprie «prove» dell'illegittimità<sup>75</sup>.

Sul versante opposto, si collocano i teorici della completa autonomia delle figure sintomatiche dallo sviamento e della loro conseguente connotazione sostanziale e non meramente processuale. Autorevolissima dottrina sostiene in proposito, da un lato, che le figure in parola non possano avere valore probatorio, in quanto il concetto di prova rimanda alla rappresentazione di un fatto ignoto, mentre nella specie tale fatto oscuro non è determinato né dalle parti né dal giudice; dall'altro, che esse non abbiano nemmeno valore sintomatico, perché stabilire se un fatto possa essere o meno sintomo di un vizio sarebbe arbitrario e non condurrebbe ad esiti univoci<sup>76</sup>.

Come vedremo<sup>77</sup>, quest'ultima impostazione sembra trovare conferma nei più recenti sviluppi dottrinali, che configurano le figure sintomatiche come causa immediata di illegittimità dell'atto e riconducono molte di esse a principi generali sulla funzione amministrativa diversi dalla corrispondenza con il fine legale.

Per il momento, va piuttosto illustrata, seppur nei limiti qui consentiti, l'evoluzione dell'inquadramento dottrinale della generale figura dell'eccesso di potere, che, da vizio di un elemento dell'atto, è stato configurato come vizio della funzione.

Le teorie classiche hanno riguardato l'eccesso di potere come vizio dello scopo, della volontà, della causa.

La teoria del «vizio della volontà», risalente a Ranelletti<sup>78</sup>, ripresa da Zanobini<sup>79</sup> e talvolta accolta da giurisprudenza ormai datata<sup>80</sup>, riconduce nell'eccesso di potere i classici vizi del negozio giuridico di diritto privato (violenza, errore e dolo come causa di falsa rappresentazione dei fatti). Essa muove da un errato approccio al generale tema dell'invalidità degli atti amministrativi, effettuato mutuando categorie del diritto privato; approccio che per lungo tempo – com'è noto – ha caratterizzato l'elaborazione dottrinale, che non ha tenuto conto dei peculiari caratteri che distinguono i rapporti di diritto pubblico da quelli di

<sup>74</sup> Così F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 237; E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, I, 401; B. Cavallo, *op. cit.*, 316; T. Alibrandi, *Spunti critici in tema di eccesso di potere*, in *Foro amm.*, 1975, 683.

<sup>75</sup> A. Azzena, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. e soc.*, 1982, 55; Id., *Sindacato sui c.d. sintomi dell'eccesso di potere e ampliamento della competenza del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, 34.

<sup>76</sup> F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, II, 991 ss., spec. 1006 e 1009.

<sup>77</sup> *Infra*, §§ 6, 9, 10 e 11.

<sup>78</sup> O. Ranelletti, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge) nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss., spec. 74.

<sup>79</sup> G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 8ª ed., Milano, 1958, I, 311.

<sup>80</sup> Cass. civ., Sez. un., 4 dicembre 1971, n. 3519, in *Foro it.*, 1972, I, 951.

diritto privato<sup>81</sup>. Dall'istituzione della Quarta Sezione ad almeno i primi decenni del secolo scorso<sup>82</sup>, quindi proprio quando si elaborava la figura dell'eccesso di potere, dottrina e giurisprudenza ricostruivano la nozione di atto amministrativo sulla base delle ricostruzioni e dei concetti elaborati dalla pandettistica<sup>83</sup> e ravvisavano, quindi, nello stesso dichiarazioni di volontà degli organi della pubblica amministrazione<sup>84</sup>. Soltanto quando l'essenza dinamica del provvedimento è stata identificata con la sostanza della funzione alla quale esso deve servire, ci si è resi conto di come non ci fosse più posto per una ricostruzione di quel tipo e l'analisi strutturale dei fatti procedimentali e degli atti autoritativi dovesse informarsi a principi nettamente diversi da quelli che regolano gli atti ed i rapporti dei soggetti privati<sup>85</sup>. In altri termini, è parso evidente che il vizio invalidante, ricercato negli elementi dell'atto, non trovava più spiegazione unitaria nel quadro di una fattispecie procedimentale in cui il provvedimento si forma progressivamente<sup>86</sup>. Il superamento della concezione che faceva coincidere l'invalidità con l'imperfezione del provvedimento, con la mancanza o difettosità dei suoi elementi, ha indotto a ritenere insufficiente la teoria dell'eccesso di potere come vizio della volontà ed a preferire la tesi più comprensiva del vizio nel procedimento normale di formazione della volontà stessa, per violazione delle regole di logica che vi presiedono<sup>87</sup>: tesi, quest'ultima, nella quale

<sup>81</sup> Ancorché già più di un secolo fa fosse stato segnalato che la teoria dell'invalidità degli atti amministrativi dev'essere formulata «tutta secondo il diritto pubblico»: A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* (Roma, 1916), Padova, 1986 (rist. anast.), 330-331.

<sup>82</sup> Ma anche in epoca più recente continuavano a riscontrarsi ricostruzioni degli elementi e dei requisiti di validità dei provvedimenti ricalcate sulla disciplina degli atti di volontà del diritto privato: v., ad es., P. VIRGA, *Il provvedimento*, cit., 375, laddove afferma che «la validità di un atto viene valutata mediante il confronto fra l'atto stesso e lo schema astratto preveduto dalle norme: l'atto sarà invalido, quando presenta una deviazione negli elementi e requisiti rispetto allo schema astratto disciplinato dalla legge»; v., altresì, L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1985, 170, che giudica ancora «robusta» tale impostazione.

<sup>83</sup> F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 125, il quale osserva che l'eccesso di potere, in termini di teoria di validità dell'atto amministrativo, venne subito inquadrato all'interno del metodo pandettistico, secondo i dettami programmatici orlandiani.

<sup>84</sup> G. CIANFEROTTI, *Pandettistica, formalismo e principio di legalità. Ranalletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in R. GHERARDI, G. GOZZI (a cura di), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna, 1992, 37 ss.

<sup>85</sup> Così A. PIRAS, *op. cit.*, 598-599; più recentemente, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 8-9.

<sup>86</sup> B. CAVALLO, *op. cit.*, 296.

<sup>87</sup> In tal senso, *ex plurimis*, C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, ora in *Id.*, *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1972, 471 ss., spec. 533 e 548 ss.; F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1937, 447 ss., spec. 457 ss.

l'aspetto prevalente non è quello della causa, ma piuttosto quello dell'anomalia del procedimento volitivo<sup>88</sup>.

Analoghe considerazioni possono farsi per la *teoria del «vizio della causa»*, risalente a Cammeo<sup>89</sup> e prevalente tra il 1930 ed il 1950, ma ripresa anche da giurisprudenza più recente<sup>90</sup>. A quest'ultima teoria, peraltro, già all'epoca era stato obiettato che solo di rado la giurisprudenza opera un accertamento diretto del vizio di un elemento dell'atto per procedere all'annullamento per eccesso di potere, sicché è più corretto sostituire alla causa (la cui esistenza nell'atto amministrativo è stata addirittura negata), come specifico requisito di legittimità, una generica esigenza di corrispondenza dell'atto all'interesse pubblico inteso come concezione di legittimità sostanziale della potestà di agire della pubblica amministrazione, con conseguente configurazione dell'eccesso di potere come vizio della potestà<sup>91</sup>.

Le teorie sin qui esaminate erano state sviluppate e perfezionate nella *teoria del «vizio dei motivi»*, che, escluso che la causa sia un elemento dell'atto, aveva messo al centro la discrezionalità del potere amministrativo, intesa come possibilità di scelta tra motivi diversi o di un motivo determinante diverso dall'interesse pubblico previsto dalla norma<sup>92</sup>. Questa impostazione, che ha in definitiva notato come l'accertamento del vizio di eccesso di potere, prescindendo quasi sempre dal rilievo specifico dell'inesistenza o erronea valutazione del motivo primario, corrispondente all'interesse pubblico per la cura del quale è attribuito il potere, involge un'indagine che incide sui motivi del provvedimento complessivamente considerati, ha rappresentato il "ponte" che ha consentito di passare dalle concezioni classiche e tradizionali dell'eccesso di potere come sviamento dal fine o come vizio della causa o dei motivi<sup>93</sup> alla concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione<sup>94</sup>.

---

<sup>88</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 3.

<sup>89</sup> F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107 ss., spec. 113.

<sup>90</sup> Cfr., ad es., Cass. civ., Sez. un., 7 luglio 1967, n. 1673, in *Cons. Stato*, 1968, II, 44.

<sup>91</sup> R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, ora in *Id.*, *Scritti minori*, Milano, 1981, 1 ss., spec. 4 e 67 ss.

<sup>92</sup> M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, 392; *Id.*, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, 907 ss.

<sup>93</sup> Tuttavia, come recentemente notato da E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Riv. AIC*, n. 2/2019, 555-556, anche se l'impostazione pandettistica è stata da tempo superata ed abbandonata in quanto oggi non si parla più di dichiarazione di volontà della pubblica amministrazione e, a proposito degli atti amministrativi, non si utilizzano più le nozioni di causa o di motivi degli atti o dei negozi giuridici, la caratterizzazione finalistica degli atti amministrativi, il principio di funzionalizzazione degli atti stessi, è rimasta e trova conferma nel principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. Non manca, peraltro, chi ritiene «senz'altro corretto identificare la causa dell'atto con l'interesse normativamente qualificato a cui è funzionalizzato», dunque con «lo scopo della funzione, ossia l'interesse pubblico che l'atto deve realizzare», ma precisa che essa «consiste nel suo scopo concreto, quale specificazione storica della finalità astratta a cui è preordinata la funzione»: così R. MANFRELOTTI, *La causa degli atti di diritto pubblico*, *ivi*, n. 4/2021, 156.

<sup>94</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 5.

Siamo alla nota tesi di Feliciano Benvenuti, che ha avuto un'immediata eco in dottrina<sup>95</sup> ed ha condizionato gran parte delle ricostruzioni successive<sup>96</sup>, secondo la quale le figure sintomatiche vanno ricondotte a tre ipotesi fondamentali, a seconda che siano stati violati i principi di giustizia sostanziale (manifesta ingiustizia e disparità di trattamento), di ragionevolezza (illogicità e contraddittorietà) o di organizzazione amministrativa (violazione di circolari e deviazione dalla prassi)<sup>97</sup>. Secondo il Maestro padovano, questi principi generali, «connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo [...], costituiscono vere e proprie norme giuridiche e non principî di buona amministrazione»<sup>98</sup> e fungono, quindi, da «condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo»<sup>99</sup>.

Anche quest'ultima concezione, sicuramente più avanzata e penetrante, è stata invero sottoposta a critica laddove configura una nozione troppo ampia di eccesso di potere<sup>100</sup> ed attribuisce valore processuale, e non sostanziale, alle cc.dd. figure sintomatiche. Al di là della fondatezza o meno di tale critica<sup>101</sup>, la teoria benvenutiana dell'eccesso di potere come vizio funzionale resta lo strumento più raffinato del passaggio dal principio di legalità formale a quello di legittimità sostanziale<sup>102</sup>. La più acuta dottrina, ad es., aveva subito colto come una siffatta definizione dell'eccesso di potere implichi necessariamente l'impossibilità di restringere l'oggetto dell'accertamento, *ergo* del giudicato amministrativo, all'annullamento del provvedimento impugnato<sup>103</sup>, tant'è che, su questa strada, la tesi di Benvenuti ha finito per diventare uno dei principali argomenti a sostegno dei tentativi dottrinali di «riscattare il processo amministrativo dalle pastoie di uno sterile formalismo legato al gioco dei rapporti tra preclusione da giudicato e rinnovabilità dell'atto»<sup>104</sup>.

<sup>95</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 291; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 321.

<sup>96</sup> Ad es., F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 276 e 541; F. SATTA, *op. cit.*, 350.

<sup>97</sup> F. BENVENUTI, *op. cit.*, 1011 ss.

<sup>98</sup> F. BENVENUTI, *op. cit.*, 1015.

<sup>99</sup> F. BENVENUTI, *op. cit.*, 1018.

<sup>100</sup> Cfr., ad es., T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 626, secondo il quale la definizione benvenutiana dell'eccesso di potere «finisce con l'essere nulla più che una nozione descrittiva di fenomeni strutturalmente diversi, in cui non è possibile rintracciare un elemento concettuale unificante».

<sup>101</sup> Ritenuta non convincente da F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 5, «se si mantiene fermo il nesso necessario che collega il vizio di e.d.p. alla discrezionalità della funzione (amministrativa), nel senso che i vizi riscontrabili nell'atto, ma che riguardino le forme o il procedimento di formazione o le competenze di chi l'abbia adottato, nulla hanno a che vedere con l'e.d.p.».

<sup>102</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 632 ss.

<sup>103</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., II, 448.

<sup>104</sup> Così T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 621.

La teoria in esame, inoltre, ha il pregio di non escludere nuove e diverse situazioni patologiche rispetto a quelle elaborate dalla giurisprudenza<sup>105</sup>, che infatti – come vedremo – dagli anni '50 del secolo scorso ad oggi ha ulteriormente raffinato ed arricchito il sindacato di eccesso di potere.

5. *Le figure sintomatiche «classiche» alla prova dei tempi: a) le criticità originarie e lo scarso utilizzo dello sviamento di potere*

Al di là degli obiettivi vantaggi sul piano pratico, la teoria delle figure sintomatiche presenta però delle criticità e, con il passare del tempo, non sembra più stare al passo coi tempi.

Sin dall'inizio, è invero apparsa evidente la difficoltà di individuare un minimo comune denominatore di tutte le figure sotto un profilo ontologico e strutturale, cioè di dimostrare la sostanziale identità del fatto generatore del vizio nelle diverse ipotesi o quantomeno l'attitudine dell'elemento asseritamente viziato a qualificare unitariamente le ipotesi stesse<sup>106</sup>: secondo autorevole dottrina, insomma, applicando la teoria sostanzialistica delle figure sintomatiche finisce per smarrirsi la stessa unitarietà della nozione di eccesso di potere<sup>107</sup>.

A ciò si aggiunga che, sin dall'inizio, lo sviamento, che dal punto di vista teorico rappresenta la manifestazione tipica, la figura primigenia, dell'eccesso di potere<sup>108</sup>, nella pratica è stato utilizzato assai di rado dai giudici amministrativi per annullare i provvedimenti: ormai da oltre mezzo secolo almeno, infatti, la giurisprudenza si è orientata nel senso di concepire lo sviamento come conseguenza di un'operazione giudiziale e di ritenere che la relativa censura non possa essere accolta ove non sia sorretta da alcun elemento probatorio o, comunque, desumersi da una serie di elementi concordanti tali da ingenerare un fondato convincimento sull'esistenza del vizio<sup>109</sup>. Tale orientamento è andato addirittura inasprendosi col passare del tempo se è vero che la più recente giurisprudenza afferma inequivocabilmente che la censura di sviamento di potere «deve essere supportata da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dare conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non bastando allegazioni che non raggiungono neppure il livello di supposizione od indizio»<sup>110</sup>. Ne

<sup>105</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 6.

<sup>106</sup> T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 622.

<sup>107</sup> E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 184 ss.; E. CASETTA, *op. cit.*, 313.

<sup>108</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 4ª ed., Bologna, 2019, 215.

<sup>109</sup> T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 609, al quale si rinvia anche per le relative indicazioni giurisprudenziali.

<sup>110</sup> Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2021, n. 5532, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

conseguenze che tale vizio è escluso quando l'atto è adottato «conformemente alle norme sulla sua forma e il suo contenuto e risulta comunque aderente al fine cui è istituzionalmente preordinato»<sup>111</sup>.

Questo orientamento è stato recentemente sottoposto a critica, in quanto, in presenza di procedimenti amministrativi nei quali confluiscono svariati interessi pubblici, primari e secondari, chiedere al ricorrente di dimostrare la divergenza del provvedimento impugnato dal fine tipico significa pretendere la dimostrazione dell'insussistenza di un qualsivoglia interesse pubblico idoneo a sorreggerlo<sup>112</sup>. Il gravoso onere probatorio addossato al ricorrente, peraltro, fa sì che, in pratica, nelle rare ipotesi in cui il giudice annulla un provvedimento per sviamento, si è in presenza in realtà di un atto che merita di essere annullato anche perché presenta altri vizi, più facili da rilevare per il giudice e da provare per il ricorrente: ciò determina evidentemente un depotenziamento del vizio di sviamento e delle stesse figure sintomatiche, che spesso sono vizi a tutti gli effetti autonomi<sup>113</sup>.

#### 6. Segue: b) *da sintomi a vizi*

La proliferazione, invero alquanto caotica<sup>114</sup>, delle figure sintomatiche ha posto subito il problema della «difficoltà di discernere la malattia dalla sua esternazione»<sup>115</sup>.

Già Benvenuti, nel suo celebre saggio del 1950, esordiva notando come la dottrina generalmente – e, a suo avviso, «esattamente» – escludesse dal novero delle ipotesi sintomatiche di eccesso di potere i casi dello sviamento, del travisamento dei fatti e dell'errore di fatto e di diritto, considerati tutti veri e propri vizi dell'elemento causale dell'atto<sup>116</sup>. E subito dopo affermava che «queste situazioni che si è soliti denominare come sintomatiche, in tanto possono reclamare una ragione di autonoma esistenza in quanto [...] sia possibile escludere [...] che esse siano ragione di invalidazione dell'atto, per essere, sul piano sostanziale, esse stesse causa del vizio di un elemento dell'atto»<sup>117</sup>. Senonché, come sempre Benvenuti aveva già allora notato, la giurisprudenza ha in realtà considerato le figure sintomatiche come prove indiziarie o presunzioni non dell'esistenza di un fatto ignoto causa del vizio, bensì direttamente del vizio di eccesso di potere, *ergo* come

<sup>111</sup> Cons. St., Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>112</sup> G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in S. TORRICELLI (a cura di), *op. cit.*, 100-101.

<sup>113</sup> G. MANNUCCI, *op. cit.*, 102-103, con ampio corredo giurisprudenziale.

<sup>114</sup> P. GASPARRI, *op. cit.*, 126.

<sup>115</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 14.

<sup>116</sup> *Op. cit.*, 994-995.

<sup>117</sup> *Op. cit.*, 997.

mezzi di annullamento dell'atto: in altri termini, tutte le situazioni sintomatiche sono considerate autonomi e specifici vizi di legittimità dell'azione amministrativa, intesa come attività nel suo farsi. Tale *modus procedendi*, già criticato dal giurista padovano<sup>118</sup>, è considerato scorretto e «giuridicamente insostenibile» anche dalla dottrina recente, che rileva come la relazione sintomo-eccesso di potere sia una relazione di mera probabilità, che non risponde ai requisiti della gravità, precisione e concordanza richiesti per le presunzioni non stabilite dalla legge (art. 2729, comma 1, c.c.)<sup>119</sup>.

Da questo punto di vista, appare più coerente l'approccio della dottrina e della giurisprudenza civile, nel cui ambito il disegno delle figure sintomatiche è connotato dal fatto che il giudizio definitivo circa il loro trattamento giuridico attende sempre una conferma da desumersi sulla base di ulteriori elementi<sup>120</sup>. V'è, infatti, unanimità nell'affermare che tale giudizio definitivo debba essere sempre desunto sulla base delle circostanze del caso concreto<sup>121</sup> e di determinati standard valutativi adeguati a quel giudizio – tra i quali il più affermato è quello della ragionevolezza –, che possono anche smentire la «diagnosi» ed escludere il conseguente trattamento giuridico.

Nell'ambito della dottrina amministrativistica, invece, non v'è concordia di vedute.

Secondo una non recentissima opinione, la circostanza che molto spesso la giurisprudenza non ammetta prova contraria alle risultanze delle figure sintomatiche è inspiegabile finché tali figure vengano concepite come mero indizio dell'eccesso di potere ed induce a ritenere «che quest'ultimo risulti da un vizio di merito o di legittimità in senso stretto, cui si aggiunge la violazione di una regola in funzione di ulteriore componente», e che tale violazione sia proprio la figura sintomatica, la quale quindi opererebbe «in una ipotesi che è, per definizione, di difformità dalla norma»<sup>122</sup>. In questa prospettiva, l'ammissibilità della prova contraria consisterebbe nella dimostrazione che, malgrado la violazione della regola sintomatica, il provvedimento non è affetto da vizi di merito o di legittimità<sup>123</sup>.

Di converso, secondo più recente ed autorevole dottrina, la riluttanza della

<sup>118</sup> *Op. cit.*, 1009 ss.

<sup>119</sup> Così F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 4. Nel senso che la sintomaticità non è la caratteristica essenziale di tali situazioni e che la ragione del loro valore va ritrovata nella loro natura sostanziale e non nell'eventuale possibilità che appaiano come sintomi rivelatori dell'esistenza di un vizio di un elemento dell'atto, anche E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 348.

<sup>120</sup> S. ORLANDO, *Le figure sintomatiche del diritto privato*, in *Persona e mercato*, n. 4/2019, 138.

<sup>121</sup> Cfr., ad es., M. GRONDONA, *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale*, in F. BRUNETTA D'USSEAU, A. D'ANGELO, *Matrimonio, matrimoni*, Milano, 2000, 355-356; più recentemente, D. IMBRUGLIA, *La regola di tolleranza*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 85-86.

<sup>122</sup> T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti*, cit., 613.

<sup>123</sup> T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 614.

giurisprudenza amministrativa ad effettuare più approfondite indagini per verificare se, al di là del sintomo o indizio, si abbia effettivamente il fatto patologico – riluttanza che si manifesterebbe soprattutto con riguardo ai vizi della motivazione – non rivelerebbe affatto una sorta di pigrizia del giudice amministrativo, bensì la giustissima considerazione che l'atto deve rendere manifesta l'autorità nel momento stesso in cui pretende di affermarsi, sicché «dopo l'instaurazione del giudizio non possono aversi operazioni di carattere ortopedico, le quali, paradossalmente, comporterebbero la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione»<sup>124</sup>.

Sempre nell'ottica di una maggiore tutela del cittadino, è stato anche osservato che, in taluni casi, continuando a collocare alcune figure tra i sintomi, si impone al privato un onere probatorio così gravoso da rivelare una contraddizione di fondo: la disparità di trattamento, ad es., è tradizionalmente considerata una fattispecie sintomatica dell'eccesso di potere, ma nella «qualità» della prova richiesta – consistente nella dimostrazione della «identità assoluta della situazione considerata»<sup>125</sup> e, quindi, della «assoluta irragionevole diversità del trattamento riservato»<sup>126</sup>, che renda «del tutto incomprensibile ed arbitraria»<sup>127</sup> la decisione impugnata – si atteggia a vizio autonomo, mentre sarebbe più corretto ritenere sufficiente un principio di prova della disparità di trattamento<sup>128</sup>.

Infine, secondo un'ulteriore lettura, in garbato dissenso dalla tesi benvenutiana, le cc.dd. figure sintomatiche non sarebbero sintomi di un qualche vizio non individuato dell'atto o del procedimento, ma null'altro che le regole che si è dato il giudice per sindacare l'esercizio del potere discrezionale in assenza di una disciplina legislativa, sicché sarebbe fuorviante parlare di tali figure come effetti del provvedimento che ne manifestano l'illegittimità<sup>129</sup>.

## 7. Segue: c) *la redistribuzione topografica: da eccesso di potere a violazione di legge*

La constatazione che l'eccesso di potere, da figura composita qual è, contenga in sé ipotesi di «violazioni a cognizione null'affatto sintomatica che avrebbero dovuto già da tempo trovare uno spazio autonomo nella sistemazione

<sup>124</sup> Così F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 443 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 567 ss., spec. 568.

<sup>125</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 giugno 2012, n. 3401, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>126</sup> T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 14 dicembre 2017, n. 5907, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>127</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5798, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>128</sup> G. MANNUCCI, *op. cit.*, 106-108.

<sup>129</sup> E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, spec. 69-70; adesivamente, M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1311.

dei vizi provvedimentali»<sup>130</sup> introduce il discorso sul transito di alcune figure dall'area dell'accertamento sintomatico a quello dell'accertamento diretto, *id est* dall'eccesso di potere alla violazione di legge. Discorso che serve anche a confermare come l'area dell'eccesso di potere sia in perenne divenire<sup>131</sup>, in quanto all'individuazione di nuove ipotesi riconducibili a tale ambito, sulle quali ci soffermeremo di qui a poco, si accompagna, appunto, il "trasloco" di alcune figure classiche verso la sempre più ampia categoria della violazione di legge.

A tal riguardo, va, innanzitutto, considerato che già nell'elaborazione del sindacato sull'*excès de pouvoir* la giurisprudenza francese distingueva il vizio di sviamento di potere deducibile quando la potestà attribuita dalla legge all'amministrazione non fosse stata dalla stessa esercitata in vista del fine od obiettivo canonizzato dalla norma primaria, ma di un altro, dal c.d. «sviamento della procedura», che si verificava quanto veniva utilizzato un procedimento non previsto dall'ordinamento ai fini dell'emanazione del provvedimento impugnato<sup>132</sup>. Questa variante del vizio, a ben guardare, aveva ben poco a che fare con l'eccesso di potere, ben potendo ricondursi alla violazione di legge.

Ed anche in alcune ricostruzioni teoriche recenti, lo sviamento, per l'accertamento del quale occorre stabilire se il fine concretamente perseguito con il provvedimento sia conforme o meno a quello indicato dalla legge<sup>133</sup>, è riportato alla violazione di legge, cioè alla violazione della norma attributiva del potere, presa in considerazione sotto il profilo dell'interesse protetto<sup>134</sup>. Risulta evidente, d'altronde, che, se il fine di interesse pubblico è quasi sempre legislativamente definito da ogni norma attributiva di pubblici poteri, l'accertamento dello sviamento di potere ben può intendersi – al pari dell'incompetenza (che è violazione dell'indicazione legislativa dell'organo) e di ogni altra violazione di legge – come inosservanza dell'enunciato legislativo che definisce la finalità dell'esercizio del potere; e, se ciò non bastasse, c'è l'art. 1, comma 1, della legge sul procedimen-

<sup>130</sup> F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 312.

<sup>131</sup> G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo* (Relazione al Convegno su: «La legge n. 205 del 2000 e l'ingresso del fatto nel processo amministrativo» – Catania, 18 maggio 2002), in *www.lexitalia.it*, § 7.

<sup>132</sup> Lo riferisce G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2019, 120-121, al quale si rinvia per le relative indicazioni.

<sup>133</sup> R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, App., XV, Torino, 2011, 659; F.G. SCOCA – M. D'ORSOGNA, *ibidem*; T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 607-608, ad avviso del quale la nozione di eccesso di potere è, in tal caso, quantomeno eccessiva giacché il vizio può agevolmente ricondursi all'illegittimità in senso stretto senza che con ciò risulti ridotto il margine di sindacabilità del provvedimento.

<sup>134</sup> In tal senso, E. CARDI – S. COGNETTI, *op. cit.*, 348; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 169; M. GALDI, *Imparzialità, buon andamento e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1996, 161; C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto «amministrativo» del soggetto privato*, in *Scritti in onore di A. Romano*, Napoli, 2011, I, 539; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 116 ss.

to, che contiene una norma generale ed astratta che ribadisce che «[l']attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge»<sup>135</sup>, confermando che lo sviamento non è altro che una manipolazione dei fatti presupposti per l'esercizio del potere, che determina un contrasto fra fattispecie reale e fattispecie legale riconducibile nell'ambito della violazione di legge<sup>136</sup>.

La novità degli ultimi decenni è, però, di più ampia portata ed attiene all'estensione dell'area coperta dal diritto a fronte dell'area del merito: l'idea della legge che soltanto limita e non crea il potere amministrativo, che quindi può esservi anche in sua assenza, è compensata almeno in parte da una progressiva riduzione dell'area del potere insindacabile, grazie anche all'utilizzo dell'attività interpretativa nel silenzio del diritto positivo<sup>137</sup>.

Le novità derivanti dalla Costituzione e dall'influenza del diritto europeo cambiano significativamente il quadro di riferimento nel cui ambito era stata modellata la tecnica dell'eccesso di potere ed i principi desunti dalla sua applicazione vengono positivizzati con l'aggiunta di nuovi: dai principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione<sup>138</sup> – che attraggono il profilo del risultato anche in termini di violazione di legge<sup>139</sup> – ai criteri la cui osservanza è imposta dall'art. 1, comma 1, della legge sul procedimento ed agli ulteriori principi codificati nella stessa legge, fino alle disposizioni di settore contenenti principi di nuovo conio (precauzione e sviluppo sostenibile: artt. 3-ter e 3-quater del codice dell'ambiente<sup>140</sup>; libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità: art. 3 del codice dei contratti pubblici del 2006<sup>141</sup>) ed all'applicazione all'attività amministrativa dei principi di buona fede e correttezza, un tempo circoscritti al diritto privato, tutto contribuisce ad arricchire lo scenario di ipotesi nelle quali rileva la violazione diretta – e non sintomatica – di un precetto giuridico, quindi la violazione di legge piuttosto che l'eccesso di potere<sup>142</sup>.

La riduzione delle figure sintomatiche alla violazione di legge – che, a ben guardare, era già iniziata con l'avvento della Costituzione, avendo l'art. 97 diret-

<sup>135</sup> E. CARDI – S. COGNETTI, *op. cit.*, 659.

<sup>136</sup> A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, II, 1097.

<sup>137</sup> C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 3.5.

<sup>138</sup> Sui quali, per tutti, M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 117 ss.; F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, *ivi*, 91 ss.

<sup>139</sup> A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di "risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 7 ss.

<sup>140</sup> F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *op. cit.*, 413 ss.

<sup>141</sup> G. DE VINCI, *I principi*, in F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico (e-book)*, Milano, 2016, cap. III.

<sup>142</sup> C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 4.

tamente inciso sulla disparità di trattamento, che era uno dei casi più ricorrenti di eccesso di potere<sup>143</sup> – poggia dunque, in massima parte, sul modo di intendere i principi stabiliti dalla legge n. 241 del 1990, che la dottrina contemporanea ha interpretato muovendo dall'idea che il superamento del «limite implicito» posto dalla legge al potere discrezionale, consistente nell'interesse pubblico, si risolveva, appunto, in violazione della legge stessa<sup>144</sup>. Com'è noto, tale legge, oltre ad individuare in apertura alcuni parametri di azione direttamente cogenti per l'amministrazione pubblica, cioè i criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza ed i principi dell'Unione europea (art. 1, comma 1), ha codificato precedenti orientamenti giurisprudenziali, dando fondamento normativo ad alcune regole di condotta di derivazione pretoria<sup>145</sup>. La positivizzazione di tali regole non poteva non comportare una rilettura di quelle patologie che, trovando oggi il paradigma di riferimento nel diritto positivo, non possono più essere viste come un vizio di «devianza»<sup>146</sup> rispetto alla funzione, andando a saggiare la conformità dell'esercizio del potere rispetto ad una norma giuridica<sup>147</sup>.

Il tema è troppo ampio per poter essere qui sviscerato in ogni profilo, per cui ci si limita a notare che, negli studi apparsi nei primi anni di applicazione della legge n. 241 del 1990, il primo vizio sul quale si è incentrata l'attenzione è stata la *mananza o insufficienza della motivazione*, che, mentre sino a quel momento era stata una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere più utilizzate<sup>148</sup>, alla luce

<sup>143</sup> M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1109.

<sup>144</sup> A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 94 e 98.

<sup>145</sup> M. RAMAJOLI, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 58-59.

<sup>146</sup> È d'obbligo il riferimento a A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, cit., II, 1117 ss.

<sup>147</sup> A. BARTOLINI, *Illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, IV, 2869, ad avviso del quale l'eccesso di potere, dunque, non dovrebbe più essere il frutto di un giudizio sintomatico, ma sintetico.

<sup>148</sup> M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, 11. Sul vizio di motivazione come «sintomo di una imperfezione del processo di formazione di volontà», M. NIGRO, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in *Foro it.*, 1958, III, 39 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, 1996, II, 450; *contra*, G. DE FINA, *La motivazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 105, secondo cui «l'obbligatorietà della motivazione – se ritenuta – non può che farsi discendere dalla norma, sebbene non espressa, in base ad una interpretazione estensiva o analogica: con la conseguenza, che anche per gli atti per cui la motivazione non è legislativamente richiesta *expressis verbis*, il difetto di motivazione [...] costituendo trasgressione di un adempimento formale, dovrebbe integrare il vizio di violazione di legge e non quello di eccesso di potere». Va da sé che, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 241/1990, laddove fosse la norma attributiva del potere a richiedere espressamente la motivazione del provvedimento, la relativa inadempienza andava configurata come violazione di legge: F. BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Scritti per M. Nigro*, Milano,

dell'obbligo generale e della specificazione del suo contenuto di cui all'art. 3, è stata dai più ricondotta alla violazione di legge<sup>149</sup>. Anche se taluno, rilevato che tale disposizione non indica un preciso parametro alla stregua del quale il giudice possa verificare il rispetto dell'obbligo di motivazione<sup>150</sup>, ritiene che il controllo giurisdizionale sulla sufficienza della motivazione debba essere tuttora svolto come sindacato su un sintomo di eccesso di potere<sup>151</sup>. Non mancano autori, poi, che, pur non ponendo in dubbio la portata innovativa dell'art. 3 della legge sul procedimento, invitano a non rimettere in discussione la validità e la vitalità del sindacato di eccesso di potere<sup>152</sup>, che, specie nell'anzidetta ipotesi del controllo sulla sufficienza della motivazione (gli atti totalmente carenti di enunciato motivazionale sono invero assai rari), consente al giudice di ricostruire le ragioni di pubblico interesse che giustificano il provvedimento, supplendo così all'incapacità dell'amministrazione di rappresentarle convenientemente<sup>153</sup>. E v'è pure

---

1991, III, 68; già prima, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 13.

<sup>149</sup> In tal senso, A. PUBUSA, *op. cit.*, 1099; G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 181; *contra*, F. LEDDA, *op. cit.*, 569, che reputa tale opinione «assolutamente ingiustificata e dovuta chiaramente a un errore di prospettiva alquanto grave».

<sup>150</sup> Su tale aspetto, *amplius*, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, App., XIII, 1997, 685-686.

<sup>151</sup> G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir. amm.*, 2000, 196-200. Leggermente diversa è l'opinione di G. MANNUCCI, *op. cit.*, 112, secondo la quale anche il caso della motivazione insufficiente rientrerebbe nella violazione di legge, mentre continuerebbero ad essere riconducibili all'eccesso di potere le ipotesi della motivazione qualitativamente scorretta (perché illogica, contraddittoria, ecc.), in cui il difetto inerisce alla sostanza della decisione.

<sup>152</sup> Così, ad es., I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e potere dell'amministrazione*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 338 ss. Favorevole ad un'integrazione del sindacato giurisdizionale sulla motivazione attraverso il duplice riferimento all'eccesso di potere ed alla violazione di legge anche G. ABBAMONTE, *op. cit.*, § 8.

<sup>153</sup> G. BERGONZINI, *op. cit.*, 200; *amplius*, A. GUANTARIO, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in *Nuova rass.*, 2002, 2230 ss., ad avviso del quale l'art. 3 l. n. 241/1990, lungi dallo sconsigliare il principio della dequotazione della motivazione, come sostenuto da taluno, offre, al contrario, un addentellato di diritto positivo all'evoluzione del pensiero giurisprudenziale sostanzialista sviluppatosi sul tema del difetto di motivazione quale manifestazione dell'eccesso di potere. Nel senso che la mancanza o insufficienza della motivazione concretizza un eccesso di potere soltanto in quanto sintomatizzi un difetto di valutazione delle circostanze di fatto, di ponderazione degli interessi coinvolti o comunque della funzione rispetto al modello legale, sicché il vizio non sta nella mancanza della motivazione in sé, ben potendo la pubblica amministrazione provare l'assenza di qualsiasi vizio nella funzione esibendo gli atti che hanno preceduto il provvedimento contestato dai quali emergono i motivi non enunciati, già T.A.R. Veneto, 16 febbraio 1987, n. 161, in *Foro amm.*, 1988, 188. Sul tema dell'integrazione postuma della motivazione, da ultimo, F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021)*, in *www.giustiziasinsieme.it* (novembre 2021).

chi, pur convenendo in linea di massima con la tesi prevalente, ha individuato nell'ipotesi di immotivato dissenso dalle risultanze dell'istruttoria svolta dal responsabile del procedimento, che potrebbe qualificarsi come violazione dell'art. 6, ultimo comma, della legge sul procedimento, uno spazio residuale in cui il difetto di motivazione opererebbe come figura sintomatica dell'eccesso di potere<sup>154</sup>.

Più incerta la giurisprudenza<sup>155</sup>, che talvolta ha ritenuto che tale vizio sia violazione di legge, nonché dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione<sup>156</sup>, talaltra ha continuato a ricondurre all'eccesso di potere financo l'ipotesi della mancanza assoluta di motivazione<sup>157</sup>.

Analogo "transito" dall'eccesso di potere alla violazione di legge si è registrato per i vizi concernenti la valutazione dei presupposti per l'emanazione del provvedimento e per l'adeguatezza dell'istruttoria, i quali attengono al fatto e si configurano oggi come violazioni dell'art. 6, lett. a) e b), della legge n. 241 del 1990: si allude al *travisamento dei fatti*<sup>158</sup>, del resto già da tempo inquadrato tra le ipotesi di violazione di legge<sup>159</sup>, ed allo stesso *difetto di istruttoria*<sup>160</sup>, che la giurisprudenza era solita ricondurre all'eccesso di potere<sup>161</sup>.

L'espressa menzione legislativa dei principi generali dell'azione amministrativa ad opera dell'art. 1 della legge sul procedimento, come novellato nel 2005, dovrebbe, poi, servire a chiarire che non ha più senso qualificare la violazione di tali principi come eccesso di potere, come, invece, continua a fare la giurisprudenza<sup>162</sup>. Ne consegue che vizi come, ad es., la *disparità di trattamento*, che consiste nella violazione del principio di imparzialità, dovrebbero ricondursi direttamente alla violazione di legge<sup>163</sup>, venendo dal giudice sanzionata la violazione di un

<sup>154</sup> G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione* (Prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico della Scuola Forense – Bari, 19 marzo 2005), in *www.astrid-online.it*, 22.

<sup>155</sup> P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 107 ss.; A. SANDULLI, *L'eccesso di potere amministrativo*, Vastarini-Cresi (Sezione IV, decisione 7 gennaio 1892, n. 3), in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 51.

<sup>156</sup> Cons. St., Sez. VI, 12 ottobre 2010, n. 7429, 8 ottobre 2010, n. 7369 e 6 settembre 2010, n. 6461, in *Guida al diritto*, 2010, dossier n. 3, 80 e in *Foro amm. – CdS*, 2010, 2181 e 1886; già prima, Sez. IV, 18 gennaio 1997, n. 24, in *Cons. Stato*, 1997, I, 27.

<sup>157</sup> Cons. St., Sez. V, 20 luglio 2010, n. 4217, in *Foro amm.*, 2000, 1813; Sez. VI, 29 ottobre 1999, n. 1639, 30 novembre 1995, n. 1356 e 30 aprile 1994, n. 652, *ivi*, 1999, 1742, 1995, 1592 e 1994, 633.

<sup>158</sup> A. PUBUSA, *op. cit.*, 1100-1101; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 312.

<sup>159</sup> Cfr. E. CARDI – S. COGNETTI, *op. cit.*, 347; già prima, P. GASPARRI, *op. cit.*, 134.

<sup>160</sup> G. SALA, *op. cit.*, 183 ss.

<sup>161</sup> *Ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 21 dicembre 1983, n. 94, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 301.

<sup>162</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, 237.

<sup>163</sup> In tal senso, da ultimo, I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse*

principio giuridico<sup>164</sup>, rilevata dall'esame comparato di due provvedimenti aventi ad oggetto due situazioni di fatto<sup>165</sup>. In alcune ipotesi, peraltro, la violazione del principio generale viene cristallizzata in alcune fattispecie tipiche: è il caso della violazione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990, che prevede la predeterminazione da parte delle amministrazioni pubbliche dei criteri e delle modalità per l'attribuzione di vantaggi economici, disposizione che riafferma i principi di legalità ed imparzialità<sup>166</sup> e non dev'essere più ricondotta all'eccesso di potere<sup>167</sup>.

Come anticipato, vi sono anche ipotesi in cui la riqualificazione in termini di violazione di legge anziché di eccesso di potere non è una conseguenza diretta dell'avvento della legge sul procedimento. È il caso, ad es., della *violazione di circolari*, tradizionalmente ricondotta dalla giurisprudenza all'eccesso di potere perché in essa non si coglie la violazione di una norma, ma l'ingiustificato contrasto tra una direttiva generale ed un atto attuativo<sup>168</sup>, e recentemente riconfigurata come violazione di legge o di principi generali, quali la buona fede e l'affidamento, in presenza di norme interne conoscibili perché pubblicate su fonti di cognizione o su siti istituzionali, alle quali si debba quindi, riconoscere rilevanza nell'ordinamento giuridico generale per tutelare, appunto, il legittimo affidamento dei terzi<sup>169</sup>.

Non dovrebbe più essere dubbia la collocazione dell'atto amministrativo contrastante con una disposizione del diritto europeo. Fino a qualche anno fa, mentre sembrava ormai acclarato che non si trattasse di nullità, bensì di annullabilità<sup>170</sup>, era ancora controverso se anche la *violazione del diritto comunitario rien-*

---

*legittimo*, Rimini, 2021, *passim*, ma spec. 269, laddove conclusivamente si afferma che l'imparzialità va «ricondotta interamente all'area della legalità, intesa come area sottoposta a vincoli giuridici»; già prima del 1990, E. CASSETTA, *op. cit.*, 315; A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 702.

<sup>164</sup> *Contra*, A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, 294, secondo cui la disparità di trattamento non è riconducibile alla violazione di un principio generale, bensì alla contraddittorietà tra provvedimenti.

<sup>165</sup> G. SALA, *op. cit.*, 189-190. Leggermente diversa è la posizione di A. PUBUSA, *op. cit.*, 1103, il quale ritiene che configuri violazione del principio di imparzialità *ex art. 97*, comma 1, Cost. soltanto la disparità di trattamento rilevata all'interno di un unico provvedimento e che la disparità emersa dal raffronto tra due successivi provvedimenti rilevi in termini di difetto di motivazione, *ergo* di violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990.

<sup>166</sup> S. LARICCIA, *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., III, 2133 ss.

<sup>167</sup> Come faceva la dottrina prima dell'avvento della legge sul procedimento: P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., I, 583 ss.

<sup>168</sup> G. SALA, *op. cit.*, 192, il quale aggiunge che la dottrina tende, invece, a ricondurre tale ipotesi alla violazione di legge, nella prospettiva della carenza di motivazione o in quella della violazione di un principio organizzativo.

<sup>169</sup> F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020, 108-109; M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020, 205-208 e 275.

<sup>170</sup> Per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si rinvia a G. MASSARI, *L'atto ammini-*

trasse nel concetto di violazione di legge o potesse eventualmente configurare anche un eccesso di potere come deviazione dell'azione amministrativa dagli interessi che essa è tenuta a perseguire<sup>171</sup>. L'inclusione dei principi dell'ordinamento comunitario tra i principi generali dell'attività amministrativa induce oggi ad optare per la prima soluzione.

Per concludere sul punto, forse non è eccessivo affermare che si è verificato un mutamento di prospettiva, in quanto la sottrazione al vizio di eccesso di potere e la conseguente attrazione alla violazione di legge dell'inosservanza di quei principi che adesso risultano enunciati in una norma scritta comporta un ribaltamento della ricorrente opinione che individua nella violazione di legge un vizio di legittimità residuale, tale potendosi oggi ritenere piuttosto l'eccesso di potere<sup>172</sup>.

È anche vero, peraltro, che – come notato da accorta dottrina – la codificazione di quest'ultima figura ne ha fatto perdere di vista, in ampia misura, le ragioni e le origini e «rischia di condurre ad un risultato opposto, risolvendo il vizio in un catalogo di prescrizioni puntuali (il dovere di motivazione, il dovere di trattamento paritario, ecc.). L'eccesso di potere, in questo modo, diventa irrimediabilmente un vizio 'formale', una sorta di violazione di legge 'in frammenti', come si riscontra già oggi concretamente nel caso delle c.d. figure sintomatiche»<sup>173</sup>.

#### 8. *Eccesso di potere e attività vincolata: separati in casa?*

Com'è noto, in dottrina è ricorrente l'affermazione che tutti i casi patologici che si sogliono ricondurre sotto la formula dell'eccesso di potere si riferiscono a decisioni amministrative discrezionali: in sostanza, si usa dire che l'eccesso di potere consiste in «un dato tipo di scorrettezza di una scelta discrezionale»<sup>174</sup>. Anche recentemente, dunque, il vizio di eccesso di potere è stato definito «il

---

*strativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 643 ss.

<sup>171</sup> S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1155-1156.

<sup>172</sup> E. CARDI, S. COGNETTI, *ibidem*, i quali osservano che non si tratta di un problema meramente classificatorio, in quanto ritenere l'eccesso di potere un vizio di legittimità residuale significa riconoscere che lo stesso discende dall'inosservanza dei principi istituzionali, che possono mutare solo a causa di rivolgimenti che attengono direttamente all'assetto costituzionale del Paese.

<sup>173</sup> A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 480. In senso critico, per la riaffermazione dell'eccesso di potere quale «metodo di ricerca aperta delle disfunzioni e deviazioni», anche G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XX, Padova, 1997, 226 ss.

<sup>174</sup> Così, ad es., P. GASPARRI, *op. cit.*, 128. Sul tema, più recentemente, P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 244.

limite di annullabilità dell'esercizio discrezionale dei poteri amministrativi», in contrapposizione alla violazione di legge, che viene considerata il limite di annullabilità dell'attività amministrativa vincolata<sup>175</sup>.

L'affermazione lapidaria che il vizio di eccesso di potere può ravvisarsi solo nell'area degli atti discrezionali perché laddove il provvedimento sia vincolato, sia quanto all'emanazione che quanto al contenuto, non vi è spazio per alcun apprezzamento da parte dell'amministrazione, si rinviene, oltre che nella manualistica tradizionale<sup>176</sup>, anche nella giurisprudenza: l'esempio di scuola è quello degli atti di inquadramento dei dipendenti pubblici<sup>177</sup>.

Del tutto minoritaria, per non dire isolata, è l'opinione dottrinale che ammette un sindacato di eccesso di potere anche con riguardo agli atti vincolati, all'asserito fine di dare una migliore attuazione ai precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento. Tale impostazione, muovendo dalla premessa che, da un lato, il carattere vincolato dell'attività è attenuato dalla non univocità della stessa attività di interpretazione e, dall'altro, che l'attività discrezionale può risultare, in concreto, tendenzialmente obbligata, sottolinea l'esistenza di un'omogeneità di regime tra le due attività e, precisato che «un'attività si dice vincolata allorché non sia preordinata alla formazione di vincoli nuovi, ma solo alla cognizione di un vincolo preesistente», sostiene che si abbia eccesso di potere nell'attività vincolata «ogni qual volta l'interprete funzionale svolge l'attività, che gli è preclusa, di sovrapporre indebitamente un proprio vincolo *a posteriori* a quello *a priori* fornito dalla norma»<sup>178</sup>.

A nostro avviso, vanno escluse entrambe le tesi radicali ed è preferibile attestarsi su una posizione intermedia.

Innanzitutto, occorre rilevare che i concetti di discrezionalità e vincolatezza<sup>179</sup> sono altamente problematici, dai confini incerti, in quanto fra il potere discrezionale e quello vincolato non c'è una linea di demarcazione netta<sup>180</sup>. Non a caso, la migliore dottrina ha evidenziato che si tratta di due categorie che andrebbero approfonditamente riconsiderate<sup>181</sup> e, anche da ultimo, ha ribadito che, a

<sup>175</sup> R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 681.

<sup>176</sup> Per tutti, P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 125.

<sup>177</sup> Su cui, *ex plurimis*, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 16 dicembre 2010, n. 2964, in *Foro amm.* – TAR, 2010, 4047.

<sup>178</sup> F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, 98 e 147 ss., spec. 162.

<sup>179</sup> Sulla cui distinzione si sono recentemente soffermati R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Torino, 2017, 72 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 432 ss.

<sup>180</sup> G. CORSO, *op. cit.*, 29.

<sup>181</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 551, nt. 54. Sul tema, *amplius*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 325 ss.

ben guardare, la discrezionalità non manca nemmeno in provvedimenti definiti vincolati, il cui contenuto è cioè determinato attraverso lo schema usualmente definito «norma-fatto» (con riguardo agli atti discrezionali si richiama, invece, lo schema «norma-potere-fatto»): si pensi, ad es., alla discrezionalità sul *quando* di cui gode l'amministrazione in presenza di una disposizione che la obblighi a provvedere entro un determinato termine e/o alla discrezionalità sul *quomodo* riscontrabile nel rilascio di un permesso di costruire accompagnato da prescrizioni<sup>182</sup>.

È sempre attuale, insomma, l'affermazione di Massimo Severo Giannini che gli atti interamente vincolati sono rari, almeno tra quelli non strumentali<sup>183</sup>, sicché è preferibile affermare che l'eccesso di potere è escluso con riguardo non tanto agli atti vincolati, quanto «ai momenti vincolati dell'attività amministrativa»<sup>184</sup>. Apprezzabile è, dunque, la precisazione contenuta in alcune pronunce, nelle quali si legge che l'eccesso di potere non è configurabile «in presenza di attività interamente vincolata»<sup>185</sup>.

Se, poi, si ragiona in termini di figure sintomatiche, risulta evidente che alcune di esse riguardano anche gli atti vincolati.

È il caso, ad es., del travisamento dei fatti, «consistente in una rappresentazione inesatta della realtà da valutare», che – come si è visto<sup>186</sup> – continua ad essere inquadrato dalla giurisprudenza prevalente nella categoria dell'eccesso di potere, ma può senza dubbio inficiare anche una decisione completamente vincolata<sup>187</sup>. È di tutta evidenza, infatti, che la realtà dei fatti è una soltanto, per cui se e come si sia verificato un determinato fatto non può essere oggetto di un apprezzamento discrezionale ed il vizio non riguarda l'esercizio della discrezionalità<sup>188</sup>.

Ciò vale, del resto, per qualunque difetto di istruttoria, sicché l'affermazione, da parte della giurisprudenza anche recente, che tale vizio, tuttora collocato

<sup>182</sup> G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 13-14, il quale aggiunge che quanto affermato non collide con le espresse previsioni legislative di provvedimenti amministrativi a natura vincolata o di attività vincolate, che non possono di per sé far venir meno la discrezionalità sul *quando* né, talvolta, quella sul *quomodo*. Per maggiori indicazioni sul secondo esempio riportato nel testo, cfr., se vuoi, F. SAITTA, *Il permesso di costruire convenzionato: prime note sul nuovo art. 28-bis del testo unico dell'edilizia* (Relazione al Convegno su: «Gli effetti del d.l. “Sblocca-Italia” conv. nella l. n. 164/2014 sulla l. n. 241/1990 e sul Testo Unico dell'edilizia» – Roma, 22 gennaio 2015), in *Riv. giur. edil.*, 2014, 47 ss.

<sup>183</sup> *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 100.

<sup>184</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, I, 983.

<sup>185</sup> Così T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VII, 13 gennaio 2012, n. 143, in *Foro amm.* – T.A.R., 2012, 228.

<sup>186</sup> *Retro*, § 7.

<sup>187</sup> P. GASPARRI, *op. cit.*, 129 e 134.

<sup>188</sup> C. CUDIA, *op. cit.*, 302.

nell'ambito dell'eccesso di potere, non sarebbe astrattamente configurabile in relazione all'attività amministrativa vincolata<sup>189</sup> non può essere in alcun modo accettata, a meno che – come auspicato – tali vizi non refluiscano definitivamente nella categoria della violazione di legge<sup>190</sup>.

## 9 Nuove tecniche di tutela: a) eccesso di potere e clausole generali

Alcuni anni fa, con la sua consueta sottile ironia, Fabio Merusi riferiva (sia consentito riportare testualmente le sue parole che non sarei capace di sostituire adeguatamente): «Gira incessantemente nella più recente dottrina amministrativa italiana un ritornello: l'eccesso di potere è morto? E, se è morto, chi l'ha ucciso? Sembra il titolo promozionale di un romanzo giallo. Ma i romanzi gialli hanno quasi sempre delle soluzioni imprevedibili. Ne ricordo uno in cui la vittima alla fine risultava non essere morta affatto. Aveva solo cambiato identità per sfuggire ai suoi creditori. Proviamo a vedere se anche l'eccesso di potere è stato ucciso, quando e da chi, oppure se ha solo cambiato vita e per quale motivo. Il primo indiziato è un noto assassino professionista, ben noto alle cronache contemporanee: l'Unione europea già nella veste di Comunità Europea. L'arma del delitto è altrettanto nota: la circolarità germanica nei diritti amministrativi dell'Unione. Il giudice amministrativo e il giudice costituzionale tedeschi ricorrono all'istituto dell'*Ermessenmissbrauch*, dell'abuso di discrezionalità, per censurare la legittimità dell'uso del potere discrezionale. La giurisprudenza amministrativa tedesca, e sulla sua scia quella costituzionale, hanno accertato che c'è abuso del potere discrezionale quando vengono violati determinati principi di diritto, la ragionevolezza, la proporzionalità, il principio di precauzione (cioè la ponderazione anche di possibili effetti futuri), la tutela dell'affidamento generato dallo stesso titolare del potere, nonché altre possibili violazioni del più generale principio della certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione»<sup>191</sup>. Alla fine del suo discorso, che ovviamente non posso qui riportare per intero, Merusi sostiene che, dopo che l'esame dell'eventuale violazione di tali principi per censurare l'attività amministrativa è passato dalle Corti tedesche alla Corte di Giustizia europea dove ha ben presto sostituito il metodo alla francese dell'*excès de pouvoir*, «alla fine tutti hanno parlato tedesco usando in via normativa o giudiziale lo strumentario dell'abuso di discrezionalità, dell'*Ermessenmissbrauch*,

<sup>189</sup> In tal senso, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 2 novembre 2015, n. 12342, in *Foro amm.*, 2015, 2864.

<sup>190</sup> F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 313.

<sup>191</sup> *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di A. Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, 2017, 38.

anziché, almeno in Italia, quello dell'eccesso di potere, magari senza saperlo. Qualcosa di simile agli apostoli dopo la pentecoste: la Comunità Europea, e l'Unione Europea poi, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia e attraverso la sua normazione, ha permesso a tutti, giudici amministrativi e ricorrenti, di parlare tedesco<sup>192</sup>. Per proseguire nella descrizione del percorso evolutivo dell'eccesso di potere, occorre, dunque, analizzare queste nuove declinazioni della figura originate dai principi giuridici indicati dalla giurisprudenza e dalla normazione comunitaria in applicazione del modello della circolarità germanica, nonché, prim'ancora, dalla nostra Costituzione, laddove indica la possibilità di sindacare la discrezionalità amministrativa in base ai due principi generali dell'imparzialità e del buon andamento<sup>193</sup>.

L'analisi può prendere le mosse dalle clausole generali.

Com'era stato notato già più di un ventennio addietro, quando è chiamato a sindacare l'attività amministrativa discrezionale, il giudice amministrativo spesso non trova nella legge la regola per ponderare gli interessi ed è costretto a cercare un *tertium comparationis* nei principi generali dell'ordinamento, che in tal modo vanno ad arricchire il contenitore dell'eccesso di potere<sup>194</sup>. A conferma dell'elasticità di tale figura, i cui confini si confermano quantomai incerti, recentemente è emersa la tendenza a proporre un confronto ravvicinato con alcune clausole generali<sup>195</sup> rappresentate in altri ambiti del diritto, fra cui, in particolare, il diritto privato<sup>196</sup>. Com'è stato notato, nel diritto amministrativo le clausole generali sono presenti sia a livello legislativo (si pensi, ad es., al recente inserimento nell'art. 1 della legge sul procedimento del comma 2-*bis*, secondo il quale «[i] rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»<sup>197</sup>) che a livello giurisprudenziale (ne fa fede una recente decisione dell'Adunanza plenaria che configura il dovere di comportarsi secondo buona fede come «una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale»<sup>198</sup>) e dottrinale (dov'è stato proposto di sostituire la tradizionale

<sup>192</sup> *Op. ult. cit.*, 39.

<sup>193</sup> F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 42.

<sup>194</sup> M.E. SCHINAIA, *op. cit.*, 1110.

<sup>195</sup> Com'è noto, v'è chi ritiene che «clausole generali» e «principi generali» siano dei sinonimi e chi, invece, li distingue (in argomento, da ultimo, P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021); in questa sede, tuttavia, non è il caso di approfondire la questione.

<sup>196</sup> Il fenomeno è segnalato da A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Scritti dedicati a M. Converso*, a cura di G. Costantino, Roma, 2016, 609. In argomento, *amplius*, L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018.

<sup>197</sup> Su tale tendenza legislativa, *amplius*, G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191 ss.

<sup>198</sup> Dec. 4 maggio 2018, n. 5, in *Giur. it.*, 2018, 1983, con nota di G.D. COMPORTEI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*. La tesi ripresa dall'Adunanza plenaria era stata sviluppata da F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1996.

tecnica di sindacato fondata sull'eccesso di potere con una valutazione condotta secondo le clausole generali di correttezza e buona fede<sup>199</sup>)<sup>200</sup>.

Com'è noto, le clausole generali hanno il pregio di essere dei «concetti-valvola» che permettono all'ordinamento giuridico di adeguarsi alla varietà ed ai mutamenti della realtà<sup>201</sup>, consentono di «operare il *prodigio* dell'eterna giovinezza dei sistemi normativi»<sup>202</sup> e rappresentano uno strumento ai giorni nostri ineliminabile per il legislatore<sup>203</sup>, che ha da tempo abbandonato l'utopia di dettare una disciplina casistica minuziosa ed esaustiva<sup>204</sup>. Esse, tuttavia, presentano una problematicità, che attiene al peculiare potere di concretizzazione valutativa spettante al giudice che è insito nella clausola generale e che si traduce in un'attività di integrazione: le clausole generali sono state, infatti, definite «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta»<sup>205</sup>. Mediante la clausola generale, «luogo di emersione dell'ordinamento giuridico della società»<sup>206</sup>, si affida sostanzialmente al giudice il compito di concretizzare nel caso di specie il valore enucleato dalla clausola stessa<sup>207</sup>; compito che – com'è evidente – implica un'ampia discrezionalità giudiziale nella concretizzazione di concetti o parametri che richiedono valutazioni non esclusivamente giuridiche e pone, conseguentemente, il problema dei rapporti tra certezza del diritto, discrezionalità ed arbitrio del giudice. Non è casuale, del resto, che, poco più di un decennio addietro, l'indeterminatezza delle clausole generali abbia indotto la Corte di cassazione a parlare apertamente di «giurisprudenza normativa» quale «autonoma fonte di diritto»<sup>208</sup>.

<sup>199</sup> C. CUDIA, *op. cit., passim*; G. SIGISMONDI, *op. cit., passim*. Sul tema anche L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, *passim*, ma spec. 98 ss.

<sup>200</sup> M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 44-45.

<sup>201</sup> Per tutti, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, con ampi riferimenti bibliografici.

<sup>202</sup> L. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. it.*, 2011, 1718 ss.

<sup>203</sup> Si pensi, a tacer d'altro, all'utilizzo che se n'è fatto nell'esercizio dei poteri *extra ordinem* durante la pandemia da Covid-19: S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Dir. econ.*, 2020, 147 ss., spec. 170 ss.

<sup>204</sup> P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.

<sup>205</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10.

<sup>206</sup> L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 1213 ss.

<sup>207</sup> E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Quest. giust.*, n. 1/2020. Nel diritto amministrativo, peraltro, tale compito di concretizzazione viene svolto in prima battuta dalla pubblica amministrazione, sicchè si pone pure il problema dei limiti entro cui l'interpretazione giudiziale può sovrapporsi a quella già svolta in sede amministrativa: M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 50; già prima, S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1198.

<sup>208</sup> Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 141, con nota parzialmente critica di F. DI CIOMMO, «Giurisprudenza normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano.

Ai fini della presente indagine, ci si dovrebbe chiedere se sia possibile ed utile sostituire l'eccesso di potere con le clausole generali. Secondo certa dottrina, tra le due categorie non sussisterebbero differenze giuridico-strutturali, in quanto dall'eccesso di potere – che è un vizio e non un enunciato normativo indeterminato – si ricava un principio – che è quello per cui il potere esercitato con l'attività viziata è difforme dalle norme che l'attribuiscono – che è talmente generico da costringere il giudice a individuarne di volta in volta il contenuto sulla base di principi generali, quali ad esempio la ragionevolezza e la proporzionalità<sup>209</sup>, che devono essere anch'essi integrati in via interpretativa<sup>210</sup>.

Senonché, affinché si includano tra i dettami idonei ad orientare positivamente l'attività amministrativa anche i precetti connessi ai principi ed alle clausole generali sottesi alle figure sintomatiche, è necessario guardare all'eccesso di potere non nella sua veste classica di vizio della funzione, perché diversamente si attrae nel giudizio il valore calamitante del fine pubblico, che finisce per modellare i principi generali in ottica esclusivamente pubblicistica<sup>211</sup>. Ed è per questo che la scuola fiorentina di diritto amministrativo, che ha maggiormente approfondito questi temi sostenendo che il sindacato sul potere amministrativo debba passare dall'eccesso di potere alle clausole generali di buona fede e correttezza, muove dalla premessa critica secondo cui, nella concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione, che lascia sullo sfondo sempre l'interesse pubblico in funzione del quale si esplica l'attività amministrativa, i principi generali sull'uso del potere discrezionale «rivelano una logica ed una concezione di tipo paternalistico del rapporto tra amministrazione e cittadino; nascono sul terreno del potere, come strumenti per la sua autolegittimazione»<sup>212</sup>. Tale aggancio dell'eccesso di potere alla funzione porterebbe a filtrare il sindacato sull'applicazione delle regole sull'esercizio del potere discrezionale attraverso l'interesse pubblico, che diventerebbe l'unico «riflettore» che rende visibili le violazioni di tali regole<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> V. *infra*, §§ 10 e 11.

<sup>210</sup> A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, 1223 ss., il quale, peraltro, conclude la propria analisi affermando che tra le due categorie persistono delle differenze ineliminabili per la distanza ideologica che le separa.

<sup>211</sup> F. LEDDA, *op. cit.*

<sup>212</sup> C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 268; già prima, A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 646, secondo cui «l'eccesso di potere è strutturalmente ordinato alla tutela dell'interesse pubblico e solo occasionalmente dell'interesse privato».

<sup>213</sup> Così C. CUDIA, *op. cit.*, 24-25; ID., *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 493 ss.; adesivamente, M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1313; già prima, A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 509, secondo cui la «rivendicazione della priorità dell'interesse pubblico, in tutti i casi in cui l'attività amministrativa non sia puntualmente vincolata, rappresenta una costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato ed ha contribuito in modo decisivo alla teoria dell'eccesso di potere nel nostro ordinamento».

Questa impostazione approda a conclusioni sicuramente originali – come quella per cui lo sviamento di potere andrebbe inquadrato come difetto della causa, intesa come funzione economico-sociale, del provvedimento e sarebbe, quindi, motivo di nullità ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990, mentre le figure sintomatiche potrebbero essere ricondotte in parte alla violazione di legge ed in parte a violazioni dei canoni di buona fede e correttezza<sup>214</sup> –, ma non può essere condivisa. Oltre a non tenere conto della funzionalizzazione del potere amministrativo<sup>215</sup>, che esclude l'assimilabilità dello stesso ai poteri privati e la fungibilità tra clausole generali ed eccesso di potere, nel cui accertamento viene in rilievo la violazione del fine della norma attributiva del potere e non il comportamento dell'autore del provvedimento, essa non dimostra affatto che il sindacato mediante clausole generali garantisca una maggiore effettività della tutela rispetto a quello di eccesso di potere<sup>216</sup>. A ben guardare, anzi, la cir-

<sup>214</sup> C. CUDIA, *op. cit.*, 231 ss. e 240 ss.; ID., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *op. cit.*, 82 ss.

<sup>215</sup> Per tutti, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2000, 95 ss. Che l'attività amministrativa – sia quella autoritativa, sia quella che si concreta nell'espletamento di un servizio pubblico, sia quella c.d. *iure privatorum*, quantomeno quella tradizionalmente definita come attività amministrativa di diritto privato – sia vincolata al perseguimento degli interessi pubblici previsti dalla legge e che, nell'esercizio di tale attività, l'amministrazione sia chiamata a rispettare, nelle diverse declinazioni che possano assumere, i principi generali di buon andamento e imparzialità sanciti a livello costituzionale è confermato dall'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990, secondo il quale essa «persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». *Contra*, nel senso dell'inesistenza nell'ordinamento di un'ontologica diversità tra l'autonomia privata e la discrezionalità amministrativa che giustifichi il mantenimento in vita di due distinti apparati concettuali e disciplinari, G. POLI, *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 353 ss.; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* (Atti del Convegno in memoria di U. Pototschnig – Milano, 19 aprile 2013), Napoli, 2014, 161-164, il quale esclude che il sindacato sulla discrezionalità sia effettivamente condizionato dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico, che non può essere preso come parametro di riferimento finalistico per valutare la decisione amministrativa. Corre l'obbligo di riferire che la soluzione proposta da C. CUDIA, *op. cit.*, 339, secondo cui ci si troverebbe di fronte non ad un modo speciale di disciplinare il potere, bensì a contenuti specifici della sua disciplina, è parsa poco argomentata anche a chi ha sostanzialmente aderito alla tesi di fondo proposta dall'A.: cfr. A. PIOGGIA, *Recensione a C. Cudia, Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, *Milano, Giuffrè*, 2008, XXII, 385, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 805-806, ad avviso della quale è pure opinabile l'idea della «indistinta qualità del potere, pubblico o privato che sia».

<sup>216</sup> F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano, 2017, 48-51. Tra i primi a sostenere che la privatizzazione avrebbe determinato un ridimensionamento della tutela dell'impiegato pubblico, R. VILLATA, *Prime considerazioni in tema di 'privatizzazione' del pubblico impiego e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 417. Successivamente, hanno espresso perplessità sulla riforma anche S.A. VILLATA, *Controversie di*

costanza che le norme che disciplinano l'attività amministrativa perseguano un interesse pubblico consente al ricorrente di dedurre un vizio ulteriore rispetto alla violazione di legge<sup>217</sup>, tant'è che la più avveduta dottrina privatistica si è detta sorpresa che «un filone (apparentemente in crescita) di dottrina amministrativistica proponga l'abbandono della dottrina dell'eccesso di potere e la sua sostituzione con il principio generale di buona fede di ascendenza privatistica», in quanto tale principio «può magari favorire una più immediata percezione di eventuali vizi dell'atto consistenti in comportamenti discriminatori o vessatori nei confronti di eventuali interessi privati, ma [...] tutti questi vizi sarebbero altrettanto rilevabili come ipotesi di eccesso di potere»; quest'ultima figura, pertanto, è da preferire perché «consente di andare oltre, e di sindacare liberamente molte determinazioni che sarebbero, invece, difficilmente censurabili sul terreno della buona fede»<sup>218</sup>.

Analoghe considerazioni critiche possono muoversi nei confronti della tesi, parimenti suggestiva e ben argomentata, che, sempre al fine di rimpiazzare l'eccesso di potere con categorie e modelli mutuati dal diritto privato e fondati sull'utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede, pone a confronto il sindacato di eccesso di potere con altre forme di scrutinio delle determinazioni unilaterali – come, ad es., quelle in ambito societario<sup>219</sup> – che, seguendo percorsi del tutto autonomi, sono state utilizzate nel contenzioso tra privati<sup>220</sup>. Ambito, quest'ultimo, nel quale peraltro il richiamo alla correttezza ed alla buona fede ha sinora condotto a risultati aleatori<sup>221</sup>, inducendo alla tentazione di utilizzare

---

*pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 784, secondo il quale «il giudizio ordinario non riesce comunque ad attribuire tutto quello che dava il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva»; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 631; ID., *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale controriforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 265 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, 119 ss.; M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 198-200 e 231 ss., che parla senza mezzi termini di «secca riduzione della tutela».

<sup>217</sup> M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1315.

<sup>218</sup> M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dell'«istituzionalismo debole»*, in *Giur. comm.*, 2014, 686. Che il sindacato giurisdizionale assicurato dal giudice amministrativo mediante la tecnica collegata all'esercizio di funzioni amministrative sia più penetrante e, quindi, maggiormente garantista è sostenuto anche da M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.; dello stesso avviso è M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 62.

<sup>219</sup> Sull'eccesso (o abuso) di potere nel voto dei soci nell'assemblea di una società di capitali come strumentalizzazione della deliberazione assembleare alla soddisfazione dell'interesse proprio ed esclusivo della maggioranza ovvero di terzi, in assenza di interesse della società o in contrasto con esso, *ex multis*, V. SALAFIA, *L'eccesso di potere nell'approvazione delle delibere assembleari*, in *Le Società*, 2015, 829 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., 103 ss.

<sup>220</sup> Il riferimento è a G. SIGISMONDI, *op. cit.*

<sup>221</sup> Tanto da indurre A. PALMIERI, *Recensione a G. Sigismondi*, *Eccesso di potere e clausole gene-*

l'equivoca figura dell'abuso del diritto, il cui accertamento individualizzato è esposto a vistosi rischi di incoerenza ed arbitrarietà<sup>222</sup>.

10. Segue: b) *dall'eccesso di potere al sindacato di proporzionalità*

Proseguendo nel percorso evolutivo che dal tradizionale sindacato di eccesso di potere conduce alle nuove tecniche di tutela, è sul principio di proporzionalità che occorre adesso soffermarsi.

Già nei primi anni del '900, alcuni tra gli studiosi francesi che riconducevano il controllo giudiziale sull'apprezzamento dei fatti alla verifica delle deviazioni da principi generali del diritto sostenevano che il sindacato sull'*erreur manifeste d'appréciation* e sul *bilan coût-avantages* si concretasse in un controllo sul rispetto del principio di *proportionnalité*, intesa come adeguatezza della decisione amministrativa; tale principio non scritto si riteneva implicito nella giurisprudenza del *Conseil d'État*<sup>223</sup>.

Trattasi, com'è noto, di un principio dalle origini antiche, che si rinviene in una sentenza del Tribunale amministrativo superiore prussiano risalente addirittura al 14 giugno 1882, che aveva ritenuto sproporzionata la sanzione della chiusura di uno spaccio alimentare irrogata per la commercializzazione di alcolici in assenza della relativa autorizzazione<sup>224</sup>. Un trentennio dopo, la dottrina tedesca già spiegava come il principio di proporzionalità implicasse che «la polizia non deve sparare ai passerai con i cannoni»<sup>225</sup>.

È controverso, tuttavia, quando tale principio, del quale vi erano tracce già nel diritto comunitario degli anni '50<sup>226</sup>, abbia fatto il suo ingresso nel diritto amministrativo italiano<sup>227</sup>.

---

rali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto, *Napoli, Jovene Editore*, 2012, in *Dir. pubbl.*, 2012, 341-342, a ritenere tutt'altro che peregrina l'idea di «guardare con più attenzione dal fronte privatistico al lavoro di cesello compiuto dalla dottrina pubblicistica in ordine all'eccesso di potere, per trarne indicazioni utili a sbrogliare la matassa delle sfuggenti clausole generali».

<sup>222</sup> A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147 ss.

<sup>223</sup> M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., III, 301, al quale si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

<sup>224</sup> La sentenza *Kreuzberg Urteil* (in *PROVGE* 9, 353) è richiamata nei più recenti studi monografici sul principio di proporzionalità: D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 12 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 60; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 40.

<sup>225</sup> F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, 354.

<sup>226</sup> S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 28 ss.

<sup>227</sup> A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *Ist. fed.*, 2016, 698-700.

Secondo un primo orientamento, l'essenza di tale principio sarebbe già stata riassunta nella c.d. «regola del minimo mezzo» formulata da Romagnosi<sup>228</sup>, secondo la quale occorre «far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà»<sup>229</sup>.

Altri ritengono che il principio di proporzionalità sia stato presente nell'ordinamento italiano, ma non troppo consapevolmente, sin dai primi anni del secolo scorso, mentre se ne potrebbero rinvenire in modo più evidente i prodromi a partire dagli anni '70 nelle riflessioni teoriche sul potere discrezionale ed in alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, tra cui in particolare l'ingiustizia manifesta<sup>230</sup>.

Infine, v'è chi ritiene che, sino agli anni '90 del secolo scorso, nel diritto pubblico italiano ancora non esistesse un vero e proprio *test* di proporzionalità e che qualcosa che gli si poteva avvicinare concettualmente fosse il sindacato di ragionevolezza, applicato, nella prassi, sia dalla Corte costituzionale che dal giudice amministrativo<sup>231</sup>. Tuttavia, ancorché i due principi siano stati sovente assimilati<sup>232</sup>, pure da parte della Corte costituzionale<sup>233</sup>, il principio di ragionevolezza, caratterizzato da un ampio grado di indeterminatezza ed evanescenza<sup>234</sup>, non può comprendere tutte le sfumature del principio di proporzionalità<sup>235</sup>, sicché – secondo quest'ultimo orientamento – può dirsi che, fino alla prima metà degli anni '90, nel nostro sistema di giustizia amministrativa non ci fosse ancora un

<sup>228</sup> Così U. FANTIGROSSI, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità*, in [www.biblio.liuc.it](http://www.biblio.liuc.it) (settembre 2008); S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 53; V. FANTI, *op. cit.*, 85 ss.; G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione*, cit., 15. Secondo F. MERUSI, *I principi*, cit., 40, la proporzionalità romagnosiana è, però, più ristretta rispetto a quella europea in quanto la prima si riferisce all'incisione sul diritto di libertà del cittadino colpito da provvedimenti amministrativi autoritativi, mentre la seconda riguarda l'azione amministrativa in generale, a prescindere da chi ne possa essere il destinatario.

<sup>229</sup> G. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, 3ª ed., Prato, 1835, 15.

<sup>230</sup> In tal senso, A. SANDULLI, *op. cit.*, 166.

<sup>231</sup> D.U. GALETTA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 1998/5, 299 ss.

<sup>232</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 377-378, secondo la quale ciò è dovuto sia all'ampiezza del significato che il termine «ragionevolezza» assume nel linguaggio giuridico che all'accezione generica nella quale si parla del principio di proporzionalità.

<sup>233</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana* (Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola – Roma, 24-26 ottobre 2013), in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 6.

<sup>234</sup> Cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giurisdizionale sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 438 ss.

<sup>235</sup> G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 589. Nel senso che si tratta di un criterio dai tratti più generici rispetto alla proporzionalità, A. SANDULLI, *op. cit.*, 315; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., 171-172.

soddisfacente sindacato giurisdizionale. È proprio per questo, ad un certo punto, i nostri giudici amministrativi avrebbero iniziato ad applicare progressivamente il principio di proporzionalità in luogo di quello di ragionevolezza, anche in conseguenza del suo diffuso utilizzo da parte dei giudici dell'Unione europea<sup>236</sup>.

Anche se, probabilmente, è quest'ultima prospettazione a doversi preferire, nella misura in cui una netta consapevolezza della rilevanza del principio di proporzionalità si è avuta solo di recente, ciò che ai nostri fini maggiormente rileva è che, anche dopo l'inserimento più esplicito tra i principi generali dell'attività amministrativa ad opera dell'art. 1 della legge sul procedimento, come novellato nel 2005, il principio in esame è stato per molto tempo presente nella giurisprudenza amministrativa soltanto quale mera enunciazione<sup>237</sup>. Ed anche oggi le sentenze dei giudici amministrativi italiani che assegnano il *nomen iuris* alla proporzionalità non sono poche<sup>238</sup>, ma si limitano molto spesso ad affermare che la proporzionalità costituisce un principio generale dell'ordinamento<sup>239</sup> ed anche quando lo nominano non lo applicano effettivamente, limitandosi ad una sorta di avvicendamento terminologico, cioè a sostituire (spesso, anzi ad aggregare<sup>240</sup>) le antiche e tradizionali nozioni dell'illogicità, dell'irragionevolezza, dell'ingiustizia, ecc., con la nuova nozione europea della proporzionalità<sup>241</sup>.

Per evidenziare meglio il gap tuttora esistente tra la prevalente giurisprudenza amministrativa italiana e quella europea, è necessario rammentare, in estrema sintesi<sup>242</sup>, che quest'ultima (come già le corti tedesche) applica il principio di proporzionalità secondo una sequenza procedimentalizzata articolata in tre passaggi successivi, che prevedono l'utilizzo di altrettanti criteri di valutazione (c.d. «teoria dei tre gradini»<sup>243</sup>):

- l'*idoneità* della decisione a raggiungere lo scopo, intesa come rapporto fra mezzo utilizzato e fine da raggiungere. Secondo questo primo indice di valutazione, la soluzione prospettata dalla pubblica amministrazione dev'essere effettivamente idonea a realizzare gli obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di diritti fondamentali, per come dichiarato dalla stessa amministrazione;

<sup>236</sup> D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *op. cit.*, 405-406.

<sup>237</sup> A. ALBANESE, *op. cit.*, 700.

<sup>238</sup> R. CAVALLO PERIN, *La validità*, cit., 681.

<sup>239</sup> Cfr., ad es., Cons. St., Sez. VI, 14 aprile 2006, n. 2087, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>240</sup> Come riferisce F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 382, talvolta la medesima censura è ascritta, ad un tempo, all'eccesso di potere ed alla violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, talaltra il vizio è ravvisato nell'eccesso di potere «sotto il profilo della non proporzionalità». La frequente sovrapposizione delle due figure da parte della giurisprudenza è segnalata anche da G. MANNUCCI, *op. cit.*, 105.

<sup>241</sup> S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit., 1205.

<sup>242</sup> Per maggiori approfondimenti, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 224 ss.

<sup>243</sup> A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., V, 4645.

- la sua *necessarietà*, intesa come inesistenza di alternative più miti per il raggiungimento dello stesso risultato. In base a tale criterio, la scelta amministrativa deve necessariamente ricadere su quella che determini il sacrificio minore per i soggetti che ricevono un pregiudizio dalla decisione: in questo secondo passaggio si ha, dunque, un *quid pluris* rispetto al primo, consistente nella valutazione delle alternative plausibili per il raggiungimento degli stessi interessi pubblici con misure meno gravose;
- l'*adeguatezza* o *proporzionalità in senso stretto*, intesa come tollerabilità della decisione da parte del suo destinatario. In virtù di quest'ultimo indice valutativo, l'amministrazione deve effettuare una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, onde verificare se la misura sia «non eccessiva» rispetto all'obiettivo da perseguire<sup>244</sup>. Ebbene, ciò che si verifica nella giurisprudenza amministrativa, anche recente, che assume come *ratio decidendi* il principio di proporzionalità è che si evoca la suddescritta struttura trifasica basata sui tre criteri di idoneità, necessità ed adeguatezza o proporzionalità in senso stretto<sup>245</sup>, senza però concretamente effettuare in giudizio tale controllo: molto spesso, al suo posto, si svolge un controllo di mera irragionevolezza o manifesta ingiustizia o si opera un bilanciamento non aderente alle articolate strutture assiomatiche e di ragionamento che connotano il controllo trifasico e che sole consentono una valutazione compiuta e misurata della proporzionalità<sup>246</sup>. È verosimile che il giudice amministrativo italiano non si spinga fino al terzo *step* di analisi perchè la disamina della proporzionalità in senso stretto lo costringerebbe ad entrare nel merito della valutazione già effettuata in sede amministrativa, in tal modo introducendosi surrettizia-

---

<sup>244</sup> Cfr., ad es., Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che ha ritenuto che le disposizioni contenute nell'art. 83, commi 1, n. 5), e 2, d.p.r. n. 361/1957 non superino lo scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza, al quale soggiacciono anche le norme inerenti ai sistemi elettorali. Ad avviso della Consulta, siffatto scrutinio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). Il *test* di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

<sup>245</sup> Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, 3 febbraio 2006, n. 184, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 465.

<sup>246</sup> S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1048-1049.

mente una smisurata ed innominata ipotesi di giurisdizione di merito<sup>247</sup>; da qui la più «comoda» riconduzione del sindacato entro i rassicuranti confini del controllo (più evidentemente estrinseco) sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere<sup>248</sup>. È evidente, tuttavia, che un'analisi che si arresti ai primi due criteri può non cogliere quella eterogeneità di interessi, valori, diritti e beni che costituisce l'elemento peculiare della società e del sistema giuridico complesso, cioè a mettere in discussione lo scopo stesso della decisione amministrativa<sup>249</sup>. Il giudizio di proporzionalità si fonda, infatti, su un «criterio *qualitativo* di valutazione [che] deve sostituire un metodo quantitativo, aritmetico in tutti i casi in cui riga, compasso, tariffa non si possono applicare»<sup>250</sup>.

Il *quid pluris* del controllo di proporzionalità rispetto al sindacato di eccesso di potere è duplice: il primo, oltre ad essere *bivalente*, cioè a poter essere applicato anche nel procedimento amministrativo (mentre il secondo vale soltanto per il giudice ed è, quindi *monovalente*), è *trifasico* (il suddescritto sistema dei tre *test*) – a differenza del secondo, che è *monofasico* in quanto si riduce al controllo del rispetto del fine – ed opera attraverso uno specifico metodo sistematico che consente una verifica a concatenazione progressiva, intesa a ridurre al minimo, senza tuttavia eliminarli del tutto, i margini di indeterminatezza nella concretizzazione di clausole generali<sup>251</sup>.

Invero, mentre i primi due *test* attengono alla fase dei presupposti cognitivi e ne consentono l'analisi al giudice, il terzo *test*, riguardando le alternative giuridiche, sembra toccare un ambito in cui il controllo giudiziale può essere soltanto estrinseco, secondo la tecnica dell'eccesso di potere<sup>252</sup>, *ergo* sconfinare in una vera e propria indagine sul merito<sup>253</sup>. Mancando un parametro di riferimento

<sup>247</sup> S. DE NITTO, *op. cit.*, 1050; nello stesso senso, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 384-385. Un esempio dei problemi che possono derivare da un abuso del sindacato di proporzionalità è rappresentato dalla sentenza emessa dalla Corte costituzionale federale tedesca nel caso *Weiss* del 5 maggio scorso, su cui v. D. URANIA GALETTA, *L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in un'epoca di algoritmi e crisi*, in *Quest. giust.*, n. 1/2021, 225 ss.

<sup>248</sup> A. ALBANESE, *op. cit.*, 709.

<sup>249</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 2015, 630.

<sup>250</sup> A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, 53; in termini, C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., 315: «la proporzionalità in senso stretto (l'adeguatezza) sembra [...] spostarsi su aspetti qualitativi poiché anticipa il controllo alla fase del bilanciamento degli interessi».

<sup>251</sup> S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit., 1205-1206; Id., *Principio di proporzionalità*, cit., 223 ss.

<sup>252</sup> G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *Scritti in onore di E. Sticchi Damiani*, a cura di G. DE GIORGI CEZZI, G. GRECO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI e F.G. SCOCA, Napoli, 2018, I, 264.

<sup>253</sup> L. DROGHINI, *Il "giudice-amministratore" tra sindacato per principi e valutazione dell'interesse generale*,

sulla base del quale misurare la correttezza del bilanciamento, il soggettivismo del giudizio pare inevitabile e con esso i dubbi sul ruolo che il principio di proporzionalità assegna al giudice amministrativo<sup>254</sup>. Ed in effetti, sul punto, non v'è concordia di opinioni in dottrina.

Secondo un primo orientamento, il controllo trifasico si manterrebbe nei limiti del controllo di legittimità, senza interferire con le scelte riservate all'amministrazione, anche quando si estende fino al controllo di adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, in quanto in tal caso «il bilanciamento non consisterà nella ponderazione comparativa tra interessi, ma nella verifica della “eccessiva” incidenza della misura adottata dalla pubblica amministrazione sui diritti e sugli interessi dei privati»<sup>255</sup>: al giudice non si chiede di effettuare una nuova ponderazione discrezionale di diritti, interessi e valori<sup>256</sup>, bensì di considerare la «graduazione»<sup>257</sup> con cui è stata effettuata la scelta amministrativa per dar vita ad un rapporto equilibrato tra sacrifici imposti e benefici ottenuti<sup>258</sup>.

Secondo una diversa lettura, invece, il *test* di adeguatezza o proporzionalità in senso stretto «si concreta in un vero e proprio bilanciamento tra i benefici per i pubblici interessi e i sacrifici imposti ai privati» e, incidendo sulla funzione di indirizzo politico-amministrativo, interferisce con l'esercizio della discrezionalità pura<sup>259</sup>.

---

in G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno* (Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017), Roma, 2018, 150, il quale si rallegra del fatto che la pervasività del controllo giurisdizionale sia stata sinora scongiurata da un'applicazione del principio che si colloca nello schema tradizionale dell'eccesso di potere e non si spinge quasi mai nella completa valutazione trifasica teorizzata nell'ordinamento tedesco.

<sup>254</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione*, cit., 391; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo*, cit., 166.

<sup>255</sup> M. D'ALBERTI, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. proc. amm.*, 2017, 94-95; in termini, M. GIANAZZI, *Il principio di proporzionalità rovesciata: alla ricerca del sinallagma perduto; un problema di buona fede*, in *Dir. econ.*, 2017, 77-80, secondo cui, una volta che si riconduca la proporzionalità tra le clausole generali, si tratta d'interpretare una norma, anche se dal contenuto vago, e si resta, quindi, all'esterno della scelta di merito, nell'ambito dei vizi di legittimità; A. SANDULLI, *op. cit.*, 319-320, il quale osserva che il principio di proporzionalità non è volto a valutare i costi ed i vantaggi che produce l'esercizio del potere amministrativo.

<sup>256</sup> Come ben evidenziato da S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice*, cit., 203 ss., la proporzionalità fa riferimento essenzialmente ad un metodo di misurazione pura; è semmai la ragionevolezza ad implicare scelte di valore.

<sup>257</sup> S. COGLIANI, *Il sindacato del giudice amministrativo*, in ID. (a cura di), *Il principio di proporzionalità in Italia ed in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo*, Padova, 2008, 80.

<sup>258</sup> S. DE NITTO, *op. cit.*, 1056.

<sup>259</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 244 ss., il quale muove dall'assunto che l'applicazione di concetti giuridici indeterminati comporti l'insolubile commistione tra la sussunzione del fatto alla norma e la ponderazione degli interessi concorrenti (*ivi*, 306). Anche V. FANTI, *op. cit.*, 298, sembra non escludere che, in determinati contesti, l'applicazione del principio di proporzionalità possa dar luogo ad un sindacato di merito.

Il confine è davvero labile, ma anche se quest'ultima opinione – che, coerentemente, ritiene che il sindacato di proporzionalità e quello di eccesso di potere ben possano coesistere<sup>260</sup> – fosse da preferire, il principio di proporzionalità sarebbe servito comunque a consentire l'annullamento giurisdizionale di provvedimenti amministrativi rispetto ai quali l'esercizio del potere appare esuberante rispetto al pubblico interesse da perseguire<sup>261</sup>, mentre il dibattito sul controllo trifasico avrebbe in ogni caso contribuito a chiarire che un giudice che non conosca i fatti secondo tecniche strutturate e giunga senza filtri alla questione del rispetto o meno del fine è un giudice che si autolimita ingiustificatamente, escludendo dal processo un momento cognitorio essenziale e finendo per indebolire lo stesso sindacato sull'eccesso di potere, che presuppone un pieno accertamento del fatto<sup>262</sup>.

11. Segue: c) *eccesso di potere, ragionevolezza e merito amministrativo (con un brevissimo cenno al sindacato sulle valutazioni tecniche)*.

A mettere in crisi l'idea classica dell'eccesso di potere come sviamento contribuiscono ormai da tempo anche la crescente complessità dei fenomeni socio-economici che la discrezionalità è chiamata a regolare, che rende difficile il compito del legislatore di tipizzare o ordinare *a priori* la molteplicità degli interessi coinvolti nei procedimenti amministrativi, e la relativizzazione dell'interesse primario, fattori che «depotenziano la pervasività dello sviamento, in favore di un sindacato che molto di più concerne la ragionevolezza della operazione logica con cui l'amministrazione ha individuato, ordinato, messo in relazione e bilanciato i molti interessi rilevanti nella vicenda che è oggetto dell'esercizio del potere»<sup>263</sup>.

Soltanto gradualmente, tuttavia, nella dottrina si è diffuso il convincimento che il sindacato di eccesso di potere si concretizzi in un controllo sulla razionalità del comportamento amministrativo<sup>264</sup> e nella giurisprudenza amministrativa è emerso il sindacato di ragionevolezza, che – come efficacemente illustrato da Alberto Romano – «viene a porsi come l'angolo visuale più

<sup>260</sup> In tal senso si esprime dichiaratamente S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit., 1205, anche in nota. In un effetto sinergico tra le due forme di sindacato, che valga a completare le forme di tutela ammissibili, confida anche M. BIGNAMI, *Noterelle sparse su giudice amministrativo e pubblico potere*, in *Quest. giust.*, n. 1/2021, 223.

<sup>261</sup> D. URANIA GALETTA, *Il principio*, cit., 411.

<sup>262</sup> G. DE GIORGI CEZZI, *op. cit.*, 265.

<sup>263</sup> D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 10<sup>a</sup> ed., Bologna, 2021, 422.

<sup>264</sup> A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 755; ID., *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 55.

comprensivo, dal quale poter valutare tutte le numerosissime ipotesi che si riconducono all'eccesso di potere come vizio generale della discrezionalità amministrativa»<sup>265</sup>.

E nonostante la dottrina abbia da tempo notato che, ricondotte le ipotesi di violazione dei principi sulla funzione al vizio di violazione di legge, il sindacato sull'eccesso di potere si connota fondamentalmente come giudizio sulla ragionevolezza della scelta concretamente compiuta dall'amministrazione, posta a raffronto con un'ipotetica decisione razionale rispetto al fine da perseguire, costruita in conformità a determinati standard comportamentali<sup>266</sup>, il principio di ragionevolezza è stato per molto tempo ancora considerato una sorta di clausola generale alla quale ricondurre le figure sintomatiche di eccesso di potere che denotano l'illogicità dell'attività amministrativa<sup>267</sup> e soltanto da qualche anno è stato applicato direttamente dalla giurisprudenza<sup>268</sup>. Può ben dirsi, dunque, che tale principio si è, lentamente, dapprima insinuato e poi saldamente installato tra il potere amministrativo e lo scopo per il quale quest'ultimo è attribuito<sup>269</sup>.

Adesso, la giurisprudenza distingue nettamente l'eccesso di potere dalla violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità – che, peraltro, considera «di derivazione euromunitaria»<sup>270</sup> anche se «già compresi nei generalissimi principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.»<sup>271</sup> – ed accoglie una nozione assai ampia di «ragionevolezza»: secondo il Consiglio di Stato, essa «costituisce un criterio al cui interno convergono

<sup>265</sup> Art. 26 t.u. Cons. St., in ID. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2001, 295.

<sup>266</sup> In tal senso, già G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 168 ss., 187 ss. e 200 ss.; più recentemente, G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., 163-164.

<sup>267</sup> Cfr. A. SANDULLI, *op. cit.*, 290, secondo il quale la riflessione sulla ragionevolezza nell'ambito della dottrina amministrativistica è stata per lungo tempo «“filtrata” attraverso l'analisi dell'eccesso di potere e dei limiti all'esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione»; negli stessi termini, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 158 ss. A ben guardare, peraltro, pure lo sviamento può intendersi (anche) come «irrazionalità rispetto allo scopo» (R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 502 ss.), al valore rappresentato da quest'ultimo (M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1317-1318, anche in nota).

<sup>268</sup> M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 59-60. È lo stesso Consiglio di Stato a riferire di alcune classiche figure sintomatiche «poi confluite, con il passare del tempo, nei vizi di illogicità e di irragionevolezza»: Sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 96.

<sup>269</sup> La suggestiva immagine è di G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2002, 439. Nel senso che il principio di ragionevolezza sembra comportare il necessario raffronto tra il fine concreto propostosi dall'amministrazione ed il fine di legge, F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *op. cit.*, 387.

<sup>270</sup> T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 18 maggio 2021, n. 3291, in *Foro amm.*, 2021, 852; Sez. V, 15 settembre 2020, n. 3824, *ivi*, 2020, 1774

<sup>271</sup> Cons. St., Sez. III, 9 marzo 2021, n. 1956, in *Foro amm.*, 2021, 476.

altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento) e la pubblica amministrazione in forza di tale principio deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie o irrazionali; in virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che la pubblica amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente seguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità e adeguatezza; si aggiunga che il principio di ragionevolezza impone di far prevalere la sostanza sulla forma qualora si sia in presenza di vizi meramente formali o procedurali in relazione a posizioni che abbiano assunto una consistenza tale da ingenerare un legittimo affidamento circa la loro regolarità»<sup>272</sup>.

In tal modo inteso, il principio di ragionevolezza può proficuamente operare in simbiosi con il principio di proporzionalità, purchè entrambi – com'è stato raccomandato dalla più avveduta dottrina – svolgano autonomamente la propria funzione: la ragione dettando alla proporzione i propri standard valutativi, la proporzione applicandoli in modo commisurato, «tale cioè da garantire coerenza, stabilità, omogeneità di apprezzamento»<sup>273</sup>.

Se un provvedimento sia o meno ragionevole dipende, però, dall'opinione di chi è chiamato a giudicarlo e, ancorchè vi siano degli standard abbastanza collaudati per rendere il giudizio in qualche misura obiettivo<sup>274</sup>, il giudice amministrativo fa fatica a maneggiare nozioni a contenuto elastico per supplire al deficit di regolamentazione legislativa mantenendo al contempo il proprio sindacato nei limiti della legittimità<sup>275</sup>. In altri termini, il sindacato per principi e clausole generali va ben oltre la rivisitazione *ab externo*, tant'è che sovente si rileva che attraverso tale *vis expansiva* si va ad intaccare la riserva di amministrazione<sup>276</sup>. Ciò che, invero, accade anche utilizzando talune figure sintomatiche classiche, come ad es. l'illogicità manifesta<sup>277</sup>.

<sup>272</sup> Sez. V, 20 febbraio 2017, n. 746, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>273</sup> S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit., 1204. Nel senso che, «mentre il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa, il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non vadano oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato», T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 4 marzo 2021, n. 2707, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>274</sup> G. CORSO, *I principi generali*, cit., 29.

<sup>275</sup> Sul punto, *amplius*, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, *passim*, ma spec. 371.

<sup>276</sup> G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione*, cit., 22-23. Su questi temi è inevitabile il riferimento a D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

<sup>277</sup> Nel senso che «a volte, sotto la specie della illogicità il giudice amministrativo si lascia andare a fare il buon amministratore», S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, II, 108.

Quello della distinzione tra legittimità e merito è un tema troppo vasto per poter essere affrontato nell'ambito di questa indagine, sicché ci si limita ad osservare che – com'è del resto a tutti noto – si tratta di nozioni il cui limite pare davvero sfuggente<sup>278</sup>, di ambiti delimitati da una linea di confine lunga e insicura<sup>279</sup>, che risente anche del modo in cui lo stesso giudice amministrativo percepisce il proprio compito<sup>280</sup>.

Si tratta di contemperare due contrapposte esigenze: da un lato, quella di non invadere la sfera riservata all'amministrazione, che dev'essere considerata un bene da salvaguardare<sup>281</sup>, effettuando valutazioni di opportunità e di convenienza<sup>282</sup>; dall'altro, quella – diametralmente opposta – di non lasciarsi sopraffare dall'ansia della separazione dal potere esecutivo, finendo per arretrare eccessivamente la soglia del sindacato, in tal modo depauperando la tutela del cittadino<sup>283</sup>. Trattasi, a ben guardare, di un problema analogo a quello che pone il sindacato di ragionevolezza svolto dalla Corte costituzionale, nel cui ambito pure si esige la ricerca di un punto di equilibrio tra due opzioni estreme, parimenti incompatibili con la logica assiologicamente orientata del sistema: la prima opzione sarebbe l'insindacabilità in sede giurisdizionale delle ponderazioni e composizioni degli interessi effettuate dalle pubbliche amministrazioni, che determinerebbe l'inidoneità del controllo giudiziale – confinato alla verifica dell'osservanza dei profili esterni, formali, dei vincoli gravanti sul potere amministrativo – ad offrire una tutela effettiva alle situazioni giuridiche dei cittadini di fronte ad abusi ed arbitri di quel potere; la seconda opzione, parimenti inaccettabile, sarebbe riconoscere ai giudici lo stesso ambito decisionale di cui dispongono gli uffici amministrativi, ritenendo ammissibile una piena sostituzione delle scelte dei primi rispetto a quelle dei secondi, ciò che delegittimerebbe del tutto le pubbliche amministrazioni e travolgerebbe irrimediabilmente il principio di separazione dei poteri<sup>284</sup>.

La dottrina è, dunque, comprensibilmente, divisa.

<sup>278</sup> G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo*, cit., 196.

<sup>279</sup> Salvo sdrammatizzare il problema come sembra fare F. LEDDA, *Variazioni sul tema*, cit., 577, laddove sostiene che, «se si parte dalla idea della “confutazione” e si riconosce finalmente che *tutto* in principio è confutabile, si giunge ad una conclusione molto chiara: che cioè attengono al c.d. merito quelle determinazioni che nella sede propria del processo abbiano resistito alla confutazione della parte; la stessa idea può esprimersi dicendo che l'ambito del “merito” può essere delimitato solo “*a posteriori*”, quando si venga a constatare, dopo la definizione del giudizio, che sono state disattese le censure proposte dalla parte ricorrente per “falsificare”, siccome illegittima, e quindi invalida, la determinazione espressa nell'atto» (l'A. fa dichiaratamente riferimento al razionalismo critico di Popper).

<sup>280</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., 8-9.

<sup>281</sup> M.E. SCHINAIA, *op. cit.*, 1107.

<sup>282</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1950, I, 205.

<sup>283</sup> C. CUDIA, *op. ult. cit.*, 42. Nel senso che, per quanto concerne il controllo sulla discrezionalità, il giudice amministrativo finisce talvolta per autolimitarsi, S. DE NITTO, *op. cit.*, 1081.

<sup>284</sup> L. D'ANDREA, *op. cit.*, 167-168.

Secondo letteratura alquanto risalente, ma ritenuta da taluno tuttora convincente<sup>285</sup>, la ragionevolezza, non attenendo a valori assoluti, per i quali sia dato solo il positivo e il negativo (sicchè un fatto può essere non soltanto ragionevole o irragionevole, ma anche più o meno ragionevole), mal si attaglia al sindacato di legittimità, che invece deve accertare se un determinato provvedimento amministrativo sia conforme o meno alle leggi, e può costituire un parametro idoneo per il sindacato di merito<sup>286</sup>. Sindacare la logicità di una scelta discrezionale sarebbe, pertanto, una questione di merito<sup>287</sup>, così come il sindacato di razionalità si tradurrebbe in una verifica dei contenuti di opportunità, ancorché a livello macroscopico, *ergo* «nell'estensione del sindacato di legittimità ad ogni [...] possibile vizio e nell'esclusione di ogni limite razionale a tale forma di sindacato»<sup>288</sup>.

Altra dottrina sostiene, invece, che il sindacato di ragionevolezza non intacca il merito amministrativo in quanto non comporta una rinnovazione delle scelte amministrative, non rimette in discussione la ponderazione degli interessi effettuata dalla pubblica amministrazione; esso consiste in una verifica esterna dell'accettabilità delle determinazioni assunte, secondo un criterio di valutazione corrente<sup>289</sup>. La ragionevolezza della scelta non attiene, insomma, all'opportunità tra più scelte legittime, bensì all'illegittimità a monte della decisione adottata: non ci sono altre scelte legittime di cui valutare l'opportunità<sup>290</sup>.

Semmai – si osserva – è l'area della legittimità ad essersi sempre più espansa grazie ai principi ricavabili dall'art. 97 della Costituzione e dall'ordinamento europeo<sup>291</sup>. In un sistema retto dal principio di legalità e necessaria predeterminazione dell'attività amministrativa<sup>292</sup>, è alquanto problematico individuare astrattamente una porzione di attività amministrativa sottratta al diritto e, quindi, costruire una nozione rigorosa di merito amministrativo<sup>293</sup>.

A nostro avviso, se è corretta l'impostazione secondo la quale, ai fini del controllo di ragionevolezza, esistono regole obiettive – come quelle desunte dall'esperienza scientifica o da quella comune (le leggi naturali, le valutazioni

<sup>285</sup> A. GUANTARIO, *L'eccesso di potere nel sindacato di legittimità ed esigenza di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di E. Follieri* (Atti del Convegno di Lucera, 22-23 giugno 2018), a cura di V. FANTI, Napoli, 2019, II, 987-989.

<sup>286</sup> F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963, 222, anche in nota.

<sup>287</sup> C. CAMILLI, *op. cit.*, 1045, nt. 18.

<sup>288</sup> A. AZZENA, *op. ult. cit.*, 261.

<sup>289</sup> Così G. SALA, *op. ult. cit.*, 195-196.

<sup>290</sup> M. SANTISE, *La morte dell'eccesso di potere e le armi spuntate del giudice amministrativo*, in *www.iurisprudenzia.it* (marzo 2016), § 3.

<sup>291</sup> G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, 23; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 179 ss.

<sup>292</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 90 ss. e 325 ss.

<sup>293</sup> M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1325-1326.

sociali medie, ecc.) – sindacabili dal giudice e regole soggettive – come quelle desumibili, in via esclusiva, dalla propria esperienza – che non possono essere sindacate dal giudice amministrativo<sup>294</sup>, ad escludere un eccessivo soggettivismo del riscontro di ragionevolezza dovrebbe indurre, in linea di massima, l'acuta considerazione che «la valutazione di congruità teleologica e funzionale della decisione deve esser condotta sulla scorta della risultanze concretamente emerse dallo svolgimento del *decision-making process*, che sono poi, positivamente, le basi esclusive su cui deve fondarsi la stessa decisione controllata (come si desume, implicitamente ma chiaramente, dall'art. 3 l. n. 241/1990)»: il sindacato giurisdizionale, in sostanza, non si riduce all'applicazione di principi e valori, ma implica l'esplicitazione e lo svolgimento di esiti già reperibili tra le acquisizioni procedurali e si rivela, quindi, di carattere più marcatamente oggettivo di quanto si sarebbe indotti a pensare<sup>295</sup>.

Che il controllo di ragionevolezza non consista in un sindacato di merito, inoltre, si desume anche dal suo carattere non «sostitutivo», dovendosi il giudice amministrativo limitarsi ad accertare l'oggettiva ragionevolezza della decisione amministrativa, senza sostituirla con un'altra<sup>296</sup>.

Ed allora, fermo restando che parte dell'attività amministrativa non può essere puntualmente regolata dal diritto e resta, quindi, insindacabile<sup>297</sup>, ma al contempo che al di fuori di questo ambito – che, come si è detto, tende progressivamente a restringersi – non è ipotizzabile il benchè minimo arretramento del sindacato di legittimità<sup>298</sup>, riteniamo sia tuttora condivisibile l'equilibrata soluzione proposta, quasi quarant'anni fa, da Franco Ledda, ad avviso del quale al potere giudiziario dev'essere consentito soltanto «il controllo di quegli aspetti o quei momenti del processo decisionale, e della decisione stessa, che rispetto alla razionalità pretendibile in concreto rivelino un deficit di tale rilevanza, da far apparire non giustificato l'esercizio del potere nei termini fissati dal provvedimento»<sup>299</sup>.

<sup>294</sup> A. AZZENA, *Natura e limiti*, cit., 264.

<sup>295</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 548. Nel controllo di merito, invece, un siffatto limite non sussiste, ben potendo il controllore disapprovare l'azione del controllato anche in base ad elementi non risultanti dall'*iter* procedimentale, eventualmente effettuando un'istruttoria autonoma: A. ROMEO, *La problematica dei vizi in una nuova sistemazione del diritto amministrativo*, in *Temi e questioni di diritto amministrativo*, cit., 176.

<sup>296</sup> A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 548-549.

<sup>297</sup> F. BARLETTA – A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *Legisl. pen.*, 2021, 18.

<sup>298</sup> Del tutto condivisibilmente, A. TRAVI, *L'eccesso di potere*, cit., 617, afferma senza mezzi termini che un siffatto arretramento «dovrebbe essere considerato con grande preoccupazione».

<sup>299</sup> *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80* (Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione – Varenna, 20-22 settembre 1984), Milano, 1987, 90 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., 257 ss., spec. 279.

Siamo ben consapevoli del fatto che il discorso sulle clausole generali, sulla proporzionalità e sulla ragionevolezza sarebbe incompleto se non si considerasse che l'attività amministrativa non consiste soltanto nella ponderazione di interessi, quindi in valutazioni di pura opportunità, ma anche – e sempre più spesso – nell'accertamento di fatti complessi che implica un sapere specialistico, quindi in valutazioni tecniche<sup>300</sup>. L'indagine riproporrebbe, quindi, l'antica e mai risolta questione del sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica, dove l'aggettivo «cosiddetta» è dovuto al fatto che – come tutti sappiamo – vera discrezionalità non è<sup>301</sup>. Ragioni di spazio, tuttavia, inducono a rinviare ad un nostro precedente saggio sul tema, che aveva specifico riguardo alle autorità indipendenti e si concludeva con il seguente interrogativo: «i persistenti limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche [...] rappresentano una comoda “*comfort zone*”, la conseguenza di una “riserva di amministrazione” imposta dai principi costituzionali o una mera “preferenza di amministrazione” suscettibile di rimeditazione?»<sup>302</sup>.

## 12. Per concludere: lo «stato di salute» dell'eccesso di potere

Proviamo a tirare le somme.

Se è vero che – come ha recentemente detto Aldo Travi – la figura dell'eccesso di potere «finisce col rispecchiare l'evoluzione di una società, di un modo di pensare, di una sensibilità nei confronti della pubblica amministrazione e del cittadino che con essa si confronta»<sup>303</sup>, la descrizione dell'evoluzione di tale figura che si è provato a fare dovrebbe aver dimostrato che attraverso l'eccesso di potere la «giustizia nei confronti dell'amministrazione si è fatta strada»<sup>304</sup>, contribuendo a definire il dover essere della discrezionalità e ad incrementare la giustiziabilità del potere<sup>305</sup>.

Come si è visto, lungo un percorso che, per quanto incerto e talvolta contraddittorio, ha segnato comunque l'abbandono e la definitiva archiviazione della sfera di indeterminata libertà dell'amministrazione, trasformatasi in discrezionalità suscettibile di verifica giurisdizionale<sup>306</sup>, il sindacato di eccesso di potere si è evoluto in qualcosa di diverso, riducendo e talvolta perdendo il proprio

<sup>300</sup> M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 63.

<sup>301</sup> Sul punto, *amplius*, L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, 32; G. DE GIORGI CEZZI, *op. cit.*, 260-261.

<sup>302</sup> F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 2020, 749 ss.

<sup>303</sup> *Ibidem*.

<sup>304</sup> E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, I, 398.

<sup>305</sup> C. CUDIA, *Eccesso di potere*, cit., 67-68.

<sup>306</sup> B. SORDI, *Il controllo della discrezionalità*, cit., 40.

tradizionale carattere sintomatico<sup>307</sup>, in tal modo consentendo il necessario affinamento del controllo giurisdizionale dall'originario sviamento allo scrutinio di proporzionalità e ragionevolezza, in parallelo al passaggio – certamente lento ed incerto, ma inarrestabile – dal sindacato sull'atto al sindacato sul rapporto sottostante<sup>308</sup>. Un «continuo rinnovamento, in forme sempre diverse», che – come ha recentemente notato Franco Scoca – «costituisce il vero capolavoro della giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato e della dottrina che l'ha sorretta»<sup>309</sup> e che non sembra in procinto di arrestarsi, se è vero che già da tempo si analizzano alcune figure sintomatiche di eccesso di potere derivanti dall'introduzione delle tecnologie informatiche nell'amministrazione pubblica<sup>310</sup> e, da ultimo, si discorre di sviamento negli atti amministrativi elettronici<sup>311</sup> e di un sindacato di «eccesso di potere algoritmico» ancora da costruire<sup>312</sup>.

Al termine di questa disamina, più che indugiare ancora sulla riqualificazione come violazione di legge di tradizionali figure di eccesso di potere – questione ritenuta, peraltro, priva di rilevanza pratica in presenza dell'art. 113 della Costituzione, che ha reso la distinzione tra i diversi tipi di vizio irrilevante ai fini della loro annullabilità<sup>313</sup> – e/o dell'immissione nell'ambito del «giuridicamente rilevante» di patologie tradizionalmente collocate nell'area del merito insindacabile, sembra più importante cogliere il senso complessivo del processo evolutivo appena descritto, che denota la «tendenza dell'ordinamento a strutturarsi e plasmarsi intorno all'elemento teleologico, conforme al modello di amministrazioni per risultati»: un controllo giurisdizionale sempre più finalisticamente orientato, dunque, che mira a «rompere lo schermo della forma dell'atto per riconoscere peculiare rilevanza alla dimensione fattuale ed allo specifico atteggiarsi degli interessi in gioco nelle singole vicende sociali»<sup>314</sup>.

Se queste sono state le conquiste fin qui consentite dall'eccesso di potere, così come evolutosi nel corso dei secoli, stupisce che vi sia qualcuno che ne

<sup>307</sup> S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminazione della norma* (Relazione al Convegno su: «Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato» – Roma, 20 novembre 2019), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), § 4.

<sup>308</sup> Così, di recente, M. BIGNAMI, *op. cit.*, 223.

<sup>309</sup> *Qual è il problema dell'eccesso di potere?*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, 241.

<sup>310</sup> Cfr. S. PUDDU, *Contributo ad uno studio dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006, 166 ss.; N. IBBA, *op. cit.*, 62 ss.; *si vis*, F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2003, 615 ss.

<sup>311</sup> B. VELLONE, *L'eccesso di potere e lo sviamento negli atti amministrativi ad elaborazione elettronica*, in [www.sabvisjuribus.it](http://www.sabvisjuribus.it) (gennaio 2021).

<sup>312</sup> E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 297.

<sup>313</sup> B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 969 e 977.

<sup>314</sup> L. D'ANDREA, *op. cit.*, 198-199.

teorizzi l'inadeguatezza<sup>315</sup>, l'usura<sup>316</sup> e financo la morte<sup>317</sup>. A nostro avviso, l'eccesso di potere, vizio mediante il quale il provvedimento amministrativo non è considerato in sé e per sé, ma nel contesto dei fatti ed atti che hanno concorso a determinare un certo caso nella sua storicità, rivendica, al contrario, la sua assoluta attualità e modernità, quale strumento duttile ed efficace, dunque tuttora idoneo, ove depurato da alcune «incrostazioni» antiche, ad assicurare un sindacato penetrante<sup>318</sup>.

Per dirla con Merusi, insomma, l'eccesso di potere non è stato affatto ucciso, ma ha in parte «cambiato vita»<sup>319</sup> e continua a cambiarla ogni giorno, com'è giusto che sia per un prodotto dell'elaborazione giurisprudenziale che deve adattarsi alle mutate esigenze di tutela giurisdizionale del cittadino. Sono cambiate, dunque, e sicuramente continueranno ancora a cambiare, le forme dell'eccesso di potere, ma quest'ultimo, almeno per il momento, continua a svolgere fedelmente il suo ruolo<sup>320</sup>.

Ed allora, non possiamo che accodarci ad Aristide Police, augurando anche noi «dunga vita all'eccesso di potere!»<sup>321</sup>.

---

<sup>315</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit.; ID., *Eccesso di potere*, cit.

<sup>316</sup> G. MANNUCCI, *op. cit.*, 114.

<sup>317</sup> M. SANTISE, *op. cit.*

<sup>318</sup> M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 226.

<sup>319</sup> *I principi del diritto*, cit., 38.

<sup>320</sup> A. PAJNO, *Ciò che resta dell'eccesso di potere*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, 237.

<sup>321</sup> *L'eccesso di potere*, cit., 61.

### Abstract

Il saggio esamina l'evoluzione del vizio di eccesso di potere amministrativo in una prospettiva storica, a far data dai modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa fino ai giorni nostri. *L'excursus* prende le mosse dall'originaria figura dello sviamento di potere e, passando da alcune tappe fondamentali, come l'elaborazione delle cc.dd. figure sintomatiche, analizza criticamente la tendenza giurisprudenziale a considerare queste ultime alla stregua di autonomi e specifici vizi di legittimità ed il transito di alcune fattispecie dall'eccesso di potere alla violazione di legge, per concludersi con l'esame delle nuove tecniche di tutela basate sulle clausole generali e sul sindacato di proporzionalità e di ragionevolezza.

#### Breach administrative misuse of power: a historical perspective

The paper investigates trend of administrative misuse of power in a historical perspective, from the 19th century models of administrative justice to the present day. The report starts from original cases of misuse of power and, passing by some fundamental milestones, such as the elaboration of the so-called symptomatic figures, it critically examines the judicial trend to consider them as autonomous and peculiar flaws of legitimacy and the transition of some cases from misuse of power to violation of law, concluding with the review of the new tutelary techniques based on general clauses and on proportionality and reasonableness.



# La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera\*

di Giuseppe Tropea

SOMMARIO: 1. Premessa: Stato amministrativo e segmentarietà delle frontiere. – 2. Circolari amministrative e rifugiati. – 3. La gestione amministrativa dell'accoglienza. – 4. Criticità nella tutela giurisdizionale dell'asilante. – 5. Conclusioni.

## 1. Premessa: Stato amministrativo e segmentarietà delle frontiere

È stato osservato che fra i diritti relativi alla condizione giuridica dello straniero quello all'asilo manifesta i valori nei quali lo Stato costituzionale trova legittimazione sul piano storico-culturale<sup>1</sup>. E tuttavia si è nel contempo notato come il diritto d'asilo rientri a pieno titolo fra i casi di Costituzione “dimenticata” trattati in una recente ricerca pubblicata sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*<sup>2</sup>.

A me pare che questo scollamento, che si è ancor più manifestato nella protratta fase dell'emergenza pandemica<sup>3</sup>, imponga un'indagine che vada oltre il dato meramente costituzionale o di esegesi della normativa internazionale ed europea in materia, sia essa di *hard law* oppure di *soft law*<sup>4</sup>.

È necessario, quindi, inquadrare la condizione del rifugiato anche con la lente dell'amministrativista<sup>5</sup>, e ciò per una serie di ragioni.

La prima, più evidente e banale, è rappresentata dal fatto che l'aumento della popolazione per migrazione costituisce un evento critico, che pone un problema dinamico e complesso di organizzazione e di azione pubblica, ovvero sia di gestione amministrativa<sup>6</sup>.

---

\* Il presente saggio è destinato alla pubblicazione negli *Scritti in onore di Maria Immordino*.

<sup>1</sup> M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. PANZERA, A. RAUTI, Napoli, 2020, 17; *amplius* ora C. PANZERA, *Il diritto d'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020.

<sup>2</sup> S. TUCCILLO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto d'asilo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 117 ss. Sullo scollamento fra modello costituzionale e prassi v. da ultimo A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti al bivio tra distinzione e integrazione delle culture (note minime su una spinosa e ad oggi irrisolta questione)*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2021, 410.

<sup>3</sup> Cfr. M. MARCHEGIANI, *Il principio di non refoulement ai tempi del Covid-19*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2021, 29 ss.

<sup>4</sup> Parla di combinazione di *hard law* e *soft law* nel sistema di asilo, con particolare riguardo alla disciplina europea, e osservando riguardo ad essa che il sistema comune di asilo mira a recepire *di fatto* il regime internazionale della Convenzione di Ginevra, C. PANZERA, *Il diritto d'asilo. Profili costituzionali*, cit., spec. 43.

<sup>5</sup> A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l'“altro” diritto*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 688.

<sup>6</sup> F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 435 ss.

La seconda consiste nella necessità di superare la “retorica dei diritti umani” ben presente negli studi giuridici sull’immigrazione, acquisendo la consapevolezza che bisogna andare oltre la mera prospettiva individualista dei diritti e delle libertà fondamentali, e guardare anche all’effettività di tali diritti, che si misura nell’esercizio delle funzioni amministrative di programmazione, accoglienza e rimpatrio, riprendendo il tema spesso negletto, ma delicatissimo, della regolazione dei confini<sup>7</sup>.

La terza è, invero, un presupposto teorico-generale (*ergo*: di teoria dello Stato) delle prime due, e sottende una rinnovata centralità dello Stato amministrativo di schmittiana memoria<sup>8</sup>, che ultimamente tende ad essere vieppiù rivalutato nelle più meditate indagini sul tema dell’emergenza, anche pandemica<sup>9</sup>.

Infine, ampliando ancora di più il compasso speculativo, vi è un tema filosofico-politico svelato dalla questione del diritto d’asilo. Come cercherò di argomentare, le frontiere costituiscono una variegata segmentazione, a livello sociale e spaziale, sul modello proposto da Deleuze e Guattari<sup>10</sup>, che va oltre la mera segmentazione binaria (cittadino/straniero, migrante economico/migrante forzato, etc.), e coinvolge il richiedente asilo in una segmentazione lineare fatta di processi e “strutture di accoglienza”, secondo un potere che è anche biopolitico, nella misura in cui diviene prima disciplinare poi connotato da segmentarietà addirittura circolare, coinvolgendo operatori del terzo settore, Onlus, etc. La segmentazione della frontiera, in buona sostanza, si collega alla rinnovata attenzione verso la gestione amministrativa come cartina di tornasole euristicamente più

<sup>7</sup> M. SAVINO, *Per una visione non irenica del diritto dell’immigrazione*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO, Atti dei Convegni di Siracusa, 4 maggio 2017 – Torino, 27 ottobre 2017, Torino, 2017, 123. Coglie la questione, con la consueta lucidità, R. ESPOSITO, *Immunità comune, Biopolitica all’epoca della pandemia*, Torino, 2022, 51: «è come se la modernità, invece di riunificare le divisioni di casta, di ceti o di classe che separavano le società premoderne, le iscrivesse sempre di nuovo al proprio interno, separando non solo diverse popolazioni, ma diversi strati sociali in ciascuna di esse. In questo senso né i diritti che si dichiarano ‘umani’ né la categoria giuridica di ‘persona’ sono riusciti a bloccare tale processo di scissione, ma hanno finito anzi per potenziarlo attraverso nuove esclusioni. Si tratta di dispositivi, allo stesso tempo giuridici e biopolitici, che lavorano sul confine tra interno ed esterno, opponendo in maniera sempre diversa i protetti agli esposti».

<sup>8</sup> C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität. Achte, korrigierte Auflage*, Berlin, 2012, trad. it., *Legalità e legittimità*, Bologna, 2018.

<sup>9</sup> Cfr., ad es., A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *www.rivistaaic.it*, 2021, 746 ss.

<sup>10</sup> G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Parigi, 1980, trad. it., *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, Napoli-Salerno, 2017. Ci si riferisce, in particolare, al cap. 9, intitolato *Micropolitica e segmentarietà*, anche se gli autori tornano più volte nel testo su tali concetti. Sul migrante come simbolo della deterritorializzazione, della fluidità del passaggio, dell’ibridazione di identità, aspetti che mettono in crisi – o addirittura «smascherano» – lo Stato, v. D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, 2017, 20.

appropriata a cogliere l'operare dell'istituzione non tanto sul piano della sovranità classica, quanto della regolazione e gestione di flussi umani, popolazioni<sup>11</sup>.

Questa serie di ragioni mi sembrano sufficienti per spiegare perché di seguito mi occuperò criticamente – seppure in breve – di tre aspetti che sembrano confermare tali spunti: il tema della teoria delle fonti e della rilevanza nel settore del cd. *soft law*, specie di circolari amministrative (§ 2); la questione dell'organizzazione e dell'attività amministrativa in materia di rifugiati (§ 3); il tema delle tutele, agglutinato nella radicata interpretazione della Cassazione del diritto d'asilo come diritto soggettivo perfetto (§ 4).

## 2. Circolari amministrative e rifugiati

Nell'anniversario della Convenzione di Ginevra del 1951, *hard law* per eccellenza che parla solo di “rifugiato”<sup>12</sup>, specie per il fondamentale (e sempre più atipico) principio di *non refoulement* ivi enunciato all'art. 33, può far specie menzionare il tema del cd. *soft law* e delle circolari<sup>13</sup>. Eppure, come si è già detto, il modello concreto di asilo è ben distante dal suo figurino costituzionale, anche al netto del sostanziale fallimento registrato negli ultimi anni dal sistema europeo comune di asilo, che ha riportato al centro del dibattito la necessità di una riforma strutturale, a sua volta percorsa attraverso strumenti di *soft law* (es. l'Agenda europea sulla migrazione del 2015) sottratti alla *rule of law* sovranazionale e alla sfera di intervento della Corte di Giustizia<sup>14</sup>.

Venendo al nostro ordinamento, da un lato vi è la riserva di legge prevista all'art. 10, co. 3, Cost., pacificamente considerata assoluta<sup>15</sup>, dall'altro la tendenza radicata ad “amministrativizzare” la regolazione dell'immigrazione e dell'asilo su aspetti che incidono in modo significativo sulla sostanza del diritto in esame, oltre che sulla libertà personale.

Il modello dello Stato amministrativo, in cui la legislazione si trasforma in amministrazione<sup>16</sup>, contribuisce a spiegare l'evoluzione di questa tendenza del Governo a farsi legislatore. Tendenza che storicamente si riscontra già nelle cir-

<sup>11</sup> S. ZORZETTO, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, in *Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali*, VI, 12, 2016 (online).

<sup>12</sup> Sulle differenze tra nozione di asilante e di rifugiato v. C. PANZERA, *Il diritto d'asilo. Profili costituzionali*, cit., 41.

<sup>13</sup> È pur vero che il soft law contemporaneo nasce proprio nel diritto internazionale. Si v., con diversi accenti, AA.VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. SOMMA, Torino, 2009.

<sup>14</sup> Sul punto v. ora la efficace sintesi di C. PANZERA, *Il diritto d'asilo. Profili costituzionali*, cit., 45 ss., che approfondisce pure le deludenti proposte della Commissione Juncker del 2016 (Regolamento Dublino IV) e il nuovo Patto per le migrazioni e l'asilo della Commissione von der Leyden.

<sup>15</sup> M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, cit., 35.

<sup>16</sup> M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986, 479.

colari riguardanti l'attuazione delle leggi razziali<sup>17</sup> e nel diritto coloniale<sup>18</sup>, casi che evocano facilmente la questione migratoria oggi. In tal senso il Governo non va più inteso nel senso giuridico-formale della sovranità classica, ma foucaultiano, come “prassi”, strabordante rispetto a qualsiasi tentativo di limite<sup>19</sup>. Questo tipo di *soft law* attesta non tanto la crisi della legge, quanto la crisi del diritto come sistema di “veridificazione” del potere, sempre restando a Foucault<sup>20</sup>.

Consideriamo alcuni esempi.

i) La circolare talora ha anticipato la legge, come nel *soft law* cd. pre-law<sup>21</sup>. Prima del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, col quale la protezione umanitaria è stata sostituita da dettagliate ipotesi di «speciali permessi di soggiorno temporanei» che nelle intenzioni del legislatore sarebbero *tassative*, una circolare del Ministro degli interni del 4 luglio 2018 sulla concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari forniva un'interpretazione restrittiva della previsione legislativa giustificandola, da un lato, mediante una discutibile lettura della giurisprudenza della Corte di cassazione e, dall'altro, in base alla considerazione che il permesso di soggiorno per motivi umanitari sarebbe un istituto “residuale” puramente di diritto interno, non codificato dal diritto europeo. Sennonché essa non tiene conto del fatto che il permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 trova fondamento diretto, coerentemente con quanto affermato dalla giurisprudenza consolidata della Cassazione, proprio nelle norme costituzionali, ed in particolare nel diritto d'asilo, consacrato all'art. 10, comma 3, della Costituzione<sup>22</sup>.

Dopo il d.l. n. 113/2018 la giurisprudenza ha assunto posizioni non univoche. La Corte di Cassazione ha chiarito che la normativa introdotta con il d.l. n. 113/2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari, sostituendola con la previsione di casi speciali di permessi di soggiorno «non trova applicazione in relazione alle domande di riconoscimento di un permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore della nuova legge»<sup>23</sup>; d'altra parte la Corte

<sup>17</sup> S. GENTILE, *Le leggi razziali. Scienza giuridica, norme, circolari*, Milano, 2010. Cfr. anche, tra gli amministrativisti, R. LOMBARDI, *Effetti e risonanza della concezione fascista dello Stato nelle circolari antiebraiche: storia, diritto e letteratura*, in *Io perpetratore io vittima. Una prospettiva giusletteraria*, a cura di R. LOMBARDI, A. PROVERA, Torino, 2020, 85 ss.

<sup>18</sup> I. GJERGJI, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2020, 323 ss.; ID., *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, 2013.

<sup>19</sup> B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 426.

<sup>20</sup> R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 31.

<sup>21</sup> Per tali distinzioni v. M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss., spec. 155.

<sup>22</sup> M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *www.rivistaaic.it*, 2018, 73.

<sup>23</sup> Corte di cassazione, sez. un., 13 novembre 2019, n. 29459.

costituzionale 24 luglio 2019, n. 194 ha dichiarato inammissibile la questione, ritenendo fra l'altro che il legislatore sia intervenuto sull'istituto della protezione umanitaria, senza incidere sulla protezione dovuta in base agli obblighi europei e internazionali. Sul punto in dottrina si è chiarito come una lettura costituzionalmente orientata e conforme al diritto internazionale e UE possa stemperare le criticità del d.l. n. 113/2018<sup>24</sup>. E, in tal senso, anche il più recente d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (art. 1, co. 1, lett. a)) ha esplicitato nel testo unico che in ogni caso la possibilità di rifiutare o revocare il permesso di soggiorno incontra un limite nel «rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», disponendo per alcune tipologie di permessi di soggiorno (tra cui quello per protezione speciale e per calamità) la convertibilità in permessi di lavoro (art. 1, co. 1, lett. b)).

ii) In altri casi la circolare ha fornito un'interpretazione restrittiva della disposizione. Dopo che il d.l. n. 113/2018 ha introdotto vari accorgimenti per rendere più spedito l'iter di esame della richiesta di asilo, con circolare del Ministro degli Interni<sup>25</sup> si è interpretata la previsione dell'inammissibilità automatica di domande «reiterate» in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento nel senso di una presunzione *iuris et de iure* di inammissibilità, indipendentemente dagli elementi rappresentati dall'interessato, e in deroga al sistema di riparto di competenze tra questure e Commissioni territoriali.

iii) si consideri, poi, il tema del soccorso in mare. Qui vi è stato dapprima il cd. Codice «Minniti» (*«Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare»*), che non è altro che una circolare amministrativa, e in seguito l'infra-diritto, sempre più *soft*, rappresentato dalla «tweeting-governance»<sup>26</sup> dell'ex ministro Salvini: se è vero che il Consiglio di Stato si è espresso per il carattere non provvedimentale dei messaggi sui social media<sup>27</sup>, tuttavia l'enunciato performativo<sup>28</sup> della *governance* cinguettante<sup>29</sup> è stato un infra-diritto molto efficace nella nota vicenda «Diciotti», conclusasi con una discutibile<sup>30</sup> presa di

<sup>24</sup> M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, cit., 53.

<sup>25</sup> Circolare del 18 gennaio 2019, n. 400/A/2019.

<sup>26</sup> La dottrina giuridica inizia a trattare tali questioni sul piano della teoria delle fonti. C'è chi evidenzia come esse siano da inquadrare nel carattere sempre più «solido» della rete, anche se prospetta la possibilità di un ritorno a una sorta di «medioevo sistemico», in questo caso nel senso che poteri tradizionalmente pubblici vengono esercitati dalle reti e dalle organizzazioni che le dominano. Cfr. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020, 137.

<sup>27</sup> Sez. VI, n. 769/2015.

<sup>28</sup> Cfr. J. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962, trad. it., *Come fare cose con le parole*, Milano, 2005; J. R. SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969, trad. it., *Atti linguistici. Saggi di filosofia del linguaggio*, Torino, 2009.

<sup>29</sup> I. GJERGJI, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, cit., 337.

<sup>30</sup> A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l'«altro» diritto*, cit., 689.

posizione del Parlamento a favore del carattere politico della presa di posizione del ministro. Ciò non è sfuggito alla più sensibile dottrina<sup>31</sup>, che ha stigmatizzato il fatto che i migranti fossero trattiene sulla nave attraverso dichiarazioni rilasciate per mezzo social network che non assurgevano neppure alla statuto giuridico della decisione amministrativa.

*iv)* Vi è infine il tema dell'accoglienza del richiedente asilo. Emblematica la vicenda degli hot-spot, "punti di crisi" istituiti nei Paesi di confine dell'Unione al fine di affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori la cui genesi e la cui conseguente disciplina è caratterizzata, tanto a livello interno quanto a livello europeo, dal ricorso a fonti atipiche o di rango sub-primario, in materie coperte da riserve di legge (artt. 10 e 13 Cost.).

Il riferimento agli hot-spot compare, per la prima volta, nella c.d. *Agenda europea sulla migrazione*, adottata dalla Commissione europea nel maggio del 2015. Quindi, una circolare del Ministero dell'Interno del 28 settembre 2015 definisce gli hot-spot non solo come mero "metodo" di accoglienza, ma come luoghi fisici "chiusi", ove «sono disponibili strutture di prima accoglienza [...] per effettuare le attività di preidentificazione, registrazione, foto-segnalamento e rilievi dattiloscopici». In seguito, la circolare del Ministero dell'Interno contenente le *operational standards rules* fissa una vera e propria sequenza operativa che deve essere messa in atto dal personale delle strutture. Le prime attività, precisate dalla stessa circolare, riguardano il salvataggio e lo sbarco dei migranti. In seguito, la circolare impone alle autorità presenti negli hot-spot di procedere allo screening sanitario e all'informativa sui diritti in materia di immigrazione e asilo. Inoltre, il personale delle strutture è incaricato delle procedure di pre-identificazione (mediante foto identificativa o l'uso dei braccialetti identificativi); procedure che devono ritenersi propedeutiche al controllo sulle banche dati di polizia.

Si è notato che la circolare del Ministero dell'Interno che ha dato avvio all'approccio hot-spot abbia di fatto prodotto effetti giuridici di rilievo esterno, istituendo un nuovo metodo e nuovi luoghi di accoglienza, estranei all'ordinamento e non previsti in alcun modo dalle fonti primarie<sup>32</sup>. Solo successivamente, in base all'art. 10-ter t.u.i., si è previsto che lo straniero, rintracciato alla frontiera o giunto in Italia a seguito di operazioni di salvataggio in mare «è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi» allestiti sul territorio. La disposizione, introdotta dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, offre una base legale agli hot-spot, ma omette di regolare in modo compiuto le attività che ivi si svolgono. La finalità della novella del 2017 è di adeguarsi al cambio di passo imposto dalla Agenda Europea sulla migrazione, con obiettivo le migliori *performance* nell'effettività dei reimpatri.

<sup>31</sup> L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021, 130.

<sup>32</sup> M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., 69.

Cosa concretamente avvenga negli hot-spot è ancora oggetto di regolamentazione informale (in particolare, nelle *Roadmap* e *Standard Operating Procedures*), benché si tratti di misure chiaramente incidenti sulle garanzie costituzionali relative all'asilo e ad altri diritti fondamentali (*in primis*, la libertà personale); misure la cui base legale resta pertanto ancora insufficiente<sup>33</sup>.

L'efficienza prevale sulla legalità, come nella migliore tradizione della *soft law* secondo il vaticinio foucaultiano<sup>34</sup>. L'irruenza del flusso viene incanalata in varchi istituzionalizzati, smorzandone la forza dirompente attraverso la sua segmentazione lineare. È quindi nelle strutture di accoglienza (frontiera in senso circolare) che si attua il vero e proprio "corpo a corpo" col migrante, che ne smorza l'andamento di flusso. Le diverse sfaccettature della frontiera messe in evidenza operano pertanto all'unisono ed in modalità sinergica per bloccare il flusso migratorio e, quando il blocco è stato superato, per rallentarlo e ri-territorializzarlo<sup>35</sup>.

La difficoltà organizzativa del processo di identificazione e indirizzamento dei richiedenti asilo ha quindi determinato la nascita non solo di un *soft law* parallelo sovente in spregio alle riserve di legge costituzionali di cui agli artt. 10 e 13, ma anche una meta-amministrazione che bypassa le strutture esistenti e rinomina funzioni, personale, *expertise*<sup>36</sup>.

### 3. La gestione amministrativa dell'accoglienza

È il tema dell'accoglienza del richiedente asilo quello che ha determinato le maggiori problematiche con riguardo ai profili organizzativi<sup>37</sup>.

Qui, come noto, abbiamo tre fasi che spesso si intrecciano e si confondono, lasciando il richiedente in una prolungata condizione di incertezza e di attesa, in un limbo, o per dirla con Agamben in una "soglia" di indistinzione<sup>38</sup>, un percorso a tappe che trasforma la frontiera in senso lineare in frontiera in senso circolare.

Vi è una fase di primo soccorso, nei punti di crisi, dove si misura la prima grave criticità dei già considerati hot-spot.

Vi è poi la fase della prima accoglienza, che scatta dal momento in cui si esprime l'intenzione di beneficiare della protezione. Qui entrano in gioco

<sup>33</sup> M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, cit., 58.

<sup>34</sup> R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 38.

<sup>35</sup> S. ZORZETTO, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, cit., 223.

<sup>36</sup> F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, cit., 441.

<sup>37</sup> Sulle strutture di accoglienza v., con accenti molto critici, D. LOPRIENO, "Trattenere e punire". *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, 2018, e più di recente F. MANGANARO, *Principio di solidarietà e strutture di accoglienza dei migranti*, in *Scritti in onore di A. Ruggieri*, III, Napoli, 2021, 2533 ss.

<sup>38</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Edizione integrale (1995-2015), Macerata, 2018.

le strutture come i Centri governativi di prima accoglienza (CPA), istituiti con decreto ministeriale ed affidati alla gestione di enti locali o di enti pubblici o privati che operano nel settore. Ciò sempre se vi è disponibilità di un centro simile, altrimenti – a proposito di segmentarietà circolare – si impiegano le strutture temporanee (CAS) funzionali a soddisfare esigenze essenziali di accoglienza. Si consideri, inoltre, come il d.l. n. 113/2018 ha grandemente compresso la posizione del richiedente asilo, prevedendo che il permesso di soggiorno costituissera sì documento per il riconoscimento ma non anche titolo per l'iscrizione all'anagrafe, con le prevedibili conseguenze su molti diritti sociali della persona. A fronte di una pluralità di *escamotage* suggeriti dalla dottrina<sup>39</sup> e giurisprudenza per aggirare tale previsione, è poi giunta la sentenza 31 luglio 2020, n. 186 della Corte costituzionale con la quale l'art. 13 del d.l. n. 113 è stato dichiarato illegittimo per irrazionalità intrinseca, poiché la norma non agevola il perseguimento delle finalità di controllo del territorio, e per irragionevole disparità di trattamento, in quanto rende ingiustificatamente più difficile ai richiedenti asilo l'accesso ai servizi che siano ad essi garantiti.

Infine, la fase di seconda accoglienza. Qui entrano in gioco i famosi SPRAR, istituiti nel 2002 e rinominati con la riforma del 2018 “Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati” (SIPROIMI). La riforma riservava i servizi di accoglienza degli enti locali che aderiscono allo SPRAR (ridenominato SIPROIMI) ai titolari di protezione internazionale e ai minori stranieri non accompagnati, escludendo dalla possibilità di usufruire dei relativi servizi i richiedenti la protezione internazionale. Ciò ha determinato una serie di questioni problematiche, rappresentate soprattutto dal fatto che al richiedente privo di mezzi e in attesa di decisione è riservata la permanenza nelle strutture di prima accoglienza, con gravi conseguenze sul piano delle condizioni di vita, stante il sovraccarico delle stesse. All'esito delle modifiche introdotte con il d.l. n. 130 del 2020 l'inserimento nelle strutture di tale circuito viene ampliato, nei limiti dei posti disponibili, oltre che ai titolari di protezione internazionale e ai minori stranieri non accompagnati, ai richiedenti la protezione internazionale.

Certo resta un problema di fondo, rappresentato dal fatto che il sistema SPRAR, pur con le tante luci, ha svelato una grande ombra: pur al netto degli interventi ministeriali che nel 2018 hanno concretamente inciso sul capitolato d'appalto riducendo i compensi per le strutture d'accoglienza e quindi le prestazioni obbligatorie<sup>40</sup>, in generale l'approccio organizzativo statale, legato a quella che continua ad apparire come una funzione di sicurezza pubblica, rende meramente volontaristiche quelle che invece sarebbero funzioni di welfare eminente-

---

<sup>39</sup> Cfr. A. RAUTI, *Il decreto sicurezza di fronte alla Consulta. L'importanza, le incertezze e il seguito della sentenza n. 194 del 2019*, in *Le Regioni*, 2019, 1171 ss.

<sup>40</sup> A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l'“altro” diritto*, cit., 679.

mente locali e quindi naturalmente in capo ad ogni comune in base al principio di sussidiarietà ex art. 118 Cost.<sup>41</sup>.

Ciò non stupisce<sup>42</sup>. In questa tematica l'assetto delle competenze e delle fonti appare centrale, essendo avvinto a doppio nodo alle politiche pubbliche in materia, che si muovono lungo l'asse della difficile conciliazione tra sicurezza, politiche "situazionali" e di c.d. "tolleranza zero", e politiche sociali di prevenzione ed inclusione. Il tema di fondo è rappresentato dal tramonto del c.d. welfarismo criminologico come specchio della più ampia crisi, o comunque ristrutturazione, del Welfare State. In tale contesto le politiche della sicurezza possono prendere il posto delle politiche sociali. Il rischio, quindi, è rappresentato da un determinato modo di intendere in questo delicatissimo settore l'intreccio fra sussidiarietà verticale e quella orizzontale: la legislazione statale degli ultimi anni ha finito per attirare, in una forma di sussidiarietà "ascendente", l'individuazione delle *policies*, rendendo tutto come forma di "sicurezza pubblica minore", sovente a danno di diversi modelli discendenti dalla legislazione regionale e da buone pratiche, specie a livello locale, caratterizzati da educazione alla convivenza, rispetto della legalità, integrazione e inclusione sociale, rigenerazione urbana e «rammendo» delle periferie.

#### 4. Criticità nella tutela giurisdizionale dell'asilante

Venendo al tema delle tutele, c'è da dire che il d.l. n. 13/2017 ha introdotto talune novità per accelerare il contenzioso in caso di impugnazione delle decisioni della Commissione territoriale sul riconoscimento della protezione: l'adozione del rito camerale, la sostituzione dell'audizione del richiedente con la sua video-registrazione presso la Commissione territoriale, l'eliminazione della impugnabilità della decisione, ricorribile solo in Cassazione per motivi di legittimità. Inutile qui ribadire come si tratti di misure che nel complesso incidono fortemente sui diritti di difesa della persona<sup>43</sup>.

In questa sede interessa maggiormente evidenziare i tratti di Stato amministrativo che emergono anche nella fase della tutela. Come detto lo Stato amministrativo (in senso *organizzativo*) è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Inoltre (in senso *funzionale*) è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, cit., 443.

<sup>42</sup> Si v., se si vuole, G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010.

<sup>43</sup> G. TROPEA, *Tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., spec. 683 ss.

<sup>44</sup> M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, cit., 479.

Orbene un primo intreccio amministrazione/giudice lo troviamo sin dal momento della presentazione della domanda di asilo, che va inoltrata all'ufficio di polizia di frontiera o alla questura. Quel che spesso si verifica è che la questura rifiuta la verbalizzazione sulla base della dichiarata insussistenza dei requisiti. Tale prassi appare illegittima in quanto invade le competenze delle Commissioni territoriali e in questo senso ha portato spesso il giudice ordinario a ordinare in via cautelare la verbalizzazione, sulla base di un affermato diritto soggettivo dell'aspirante.

Si ritiene infatti che la posizione del richiedente asilo sia qualificabile come diritto soggettivo perfetto e che la pronuncia sul riconoscimento del diritto di asilo sia di stampo dichiarativo e non costitutivo, con le conseguenze del caso sulla giurisdizione del giudice ordinario<sup>45</sup>. Sicché si reputa che da un sistema in cui per lungo tempo è rimasto centrale il t.u.p.s. del 1931 e l'infra-diritto delle circolari amministrative (cui si accompagna la coppia concettuale discrezionalità/interesse legittimo), grazie all'art. 10 della Costituzione e alla Convenzione di Ginevra del 1951 ci sarebbe stato un ribaltamento di modello<sup>46</sup>.

A me pare che tale impostazione *mainstream* vada in parte rettificata.

Senza disconoscere i meriti del giudice ordinario, e semmai criticando sul punto i recenti interventi legislativi che toccando il rito limitando fortemente le tutele dello straniero, preme qui insistere sulla necessità di superare la “retorica dei diritti umani” anche in questo settore<sup>47</sup>. Si deve infatti considerare il problema in una chiave più ampia, sia perché la presenza – anche sul piano delle fonti – di uno Stato amministrativo non viene affatto meno, sia perché alla prospettiva dei diritti e delle libertà fondamentali va affiancata quella legata a valori meta-individuali pur sempre sussistenti, come la coesione e la sicurezza delle collettività locali e nazionali.

Peraltro lo schema diritto soggettivo/giudice ordinario viene spesso rafforzato, in punto di decisione sulla giurisdizione, dall'equivoco criterio del richiamo all'attività vincolata e di mero accertamento di fatti svolta in questi casi dell'amministrazione. Si afferma, così, che «il diritto alla protezione umanitaria ha, alla pari del diritto allo “status” di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano

<sup>45</sup> Fra le prime fra le prime Corte di cassazione, sez. un., 26 maggio 1997, n. 4674, più di recente la già citata Cass. n. 29459/2019.

<sup>46</sup> S. TUCCILLO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto d'asilo*, cit., 124.

<sup>47</sup> M. SAVINO, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, cit., 123; in generale v. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

la protezione, nell'esercizio di una discrezionalità tecnica»<sup>48</sup>. Sennonché esistono importanti ambiti che intercettano talune materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come nei casi del *welfare* locale nel settore<sup>49</sup>, si pensi al tema dei finanziamenti pubblici in materia di accoglienza dei richiedenti asilo e alla loro eventuale revoca. Qui, evidentemente, entra in gioco un ulteriore fattore di complicazione, connesso al se far ricadere nel modello privatistico o meno gli accordi fra amministrazioni propedeutici al finanziamento stesso<sup>50</sup>.

Più in generale il giudice amministrativo deve considerarsi ormai dotato delle medesime tecniche di tutela del giudice ordinario, secondo quello che è l'indirizzo già presente nella più volte richiamata sentenza n. 140/2007 della Consulta. Questa linea esegetica resta giocoforza circoscritta nella connessione biunivoca fra tutela dei diritti soggettivi fondamentali e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In base a una ancor più coraggiosa e dirimente prospettiva sostanziale, fondata sull'assunto secondo cui nelle società complesse contemporanee nessun diritto è "tiranno", sembra ormai possibile configurare la sussistenza di interessi legittimi *costituzionali* o *fondamentali*<sup>51</sup>, la cui tutela è affidata al giudice amministrativo a prescindere dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo. Diversi segnali portano a ritenere che è questa la prospettiva verso la quale ci si sta avviando, anche se forse ciò condurrà alla definitiva sparizione della giurisdizione esclusiva a favore di un più moderno criterio di riparto fondato sulla distinzione fra controversie di diritto pubblico e rapporti di diritto privato<sup>52</sup>. L'incontro con il potere non è né un privilegio né un pericolo, è semplicemente una realtà. La negazione di questa realtà rappresenta, a ben vedere, il pericolo. I diritti fondamentali, se intesi come intangibili e non irrelati con il potere, diventano diritti virtuali non esercitabili, mere enunciazioni

---

<sup>48</sup> TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 23 dicembre 2019, n. 3064; id., 16 settembre, n. 2202; TAR Toscana, sez. II, 21 marzo 2019, n. 402; TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 1 marzo 2019, n. 209; TAR Piemonte, sez. I, 16 agosto 2017, n. 1019; Consiglio di Stato, sez. III, 23 maggio 2017, n. 2412; cfr. anche Corte di cassazione, sez. un., 29 gennaio 2019, n. 2441; id., 19 dicembre 2018, n. 32774; id., 27 novembre 2018, n. 30658; TAR Brescia, n. 15/2021.

<sup>49</sup> Cfr. M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 19/2014, 2 ss.; AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit. Sull'effettività dei diritti sociali dei migranti e sul ruolo centrale delle amministrazioni sul punto v. anche M. IMMORDINO, L. GIANI, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 74 ss.

<sup>50</sup> Nel senso della giurisdizione amministrativa v. Consiglio di Stato, sez. III, 28 maggio 2020, n. 3375, con nota di M. CALABRÒ, *Revoca finanziamenti pubblici per la realizzazione di progetti di accoglienza di rifugiati e richiedenti asilo: la giurisdizione è del giudice amministrativo*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 17 giugno 2020.

<sup>51</sup> N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020.

<sup>52</sup> M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 13 gennaio 2020.

programmatiche. L'indegradabilità è categoria che nasce indubbiamente a fini di maggiore protezione, ma, come spesso avviene, l'eccesso di protezione concretizza il pericolo che si voleva scongiurare.

I diritti cd. fondamentali, cioè quelli con forti premesse costituzionali, vivono solo nella dialettica del bilanciamento/condizionalità, intesa non in accezione compromissoria e "diminutiva", ma come irrinunciabile sede di traduzione della norma di principio in dato di realtà, e quindi come sede di inveroamento e concretizzazione. Il pubblico potere non va banalmente inteso come limite ma come presidio di effettività. In questo senso, anche il giudice amministrativo recupera un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisorii e per l'ormai accettato principio di atipicità delle azioni dinnanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti bisogni e non infinite risorse economiche, si misura, in concreto e a prescindere dalle opzioni qualificatorie, l'effettività della situazione giuridica considerata.

## 5. Conclusioni

Mi pare di poter concludere questa breve indagine confermando la persistente centralità dello Stato amministrativo in una materia che si vorrebbe più di altra pervasa di Stato costituzionale e del carattere umanitario del diritto internazionale contemporaneo.

Invero, la pervasività dell'infra-diritto a livello di fonti, dalle classiche circolari alla "tweeting governance", il carattere "lineare-disciplinare" (bipolitico) della procedura e "circolare" del sistema di accoglienza, la crisi del concetto di diritto indegradabile nel riparto di giurisdizione e quindi sul piano della tutela, sono tutti fattori che confermano l'inadeguatezza della logica binaria della sovranità classica nel cogliere questi fenomeni, e dell'impostazione liberale classica nell'arginare discriminazioni e violenze a danno degli ultimi in fuga da guerre e persecuzioni.

Di fatto più o meno consapevolmente nei discorsi anche dei nostri giuristi continua ad essere presente la lettura benjaminiana del potere come *violenza*<sup>53</sup>, anomia senza alcuna veste giuridica<sup>54</sup> dunque nel suo aspetto esclusivamente sottrattivo. In realtà il potere reticolare biopolitico è molto più esteso, non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei poteri privati di sorveglianza e

<sup>53</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *PA – Persona e Amministrazione*, 2020, 51 ss.

<sup>54</sup> L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato di eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, disponibile in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 477.

controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, “corpo docile” che si auto-limita e controlla<sup>55</sup>.

Solo così si potrà cogliere il meccanismo di biopotere che opera sul richiedente asilo che varca la frontiera, ed entra in un percorso a tappe, scandito attraverso il passaggio da una struttura di accoglienza all'altra e da una prassi burocratica all'altra<sup>56</sup>.

Una “proliferazione della serie” che supera la gerarchizzazione della legge e diviene agente, ingranaggio connesso e concatenato di amministrazione e giustizia, fatto di “blocchi, serie, intensità”, come nella letteratura “minore” di Kafka magnificamente descritta, ancora, dai già richiamati Deleuze e Guattari<sup>57</sup>, al netto delle antinomie che percorrono l'intera ontologia politica di Deleuze e rispetto alle quali il dibattito filosofico contemporaneo rimane aperto<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, cit., 240 ss.; tale spunto costituirà poi l'oggetto specifico dell'intero corso dell'anno successivo: M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005. Come è stato dimostrato di recente la stessa traiettoria della concezione foucaultiana del potere va dall'accezione conflittualista e ultra-radicalista della prima metà degli anni '70, in cui si approfondisce soprattutto il disciplinamento, a quella neutrale e pragmatica della fine degli anni '70 e dei primi anni '80, in cui si esplora invece il potere governamentale, più pervasivo e multiforme. Cfr. M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, 2019.

<sup>56</sup> S. ZORZETTO, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, cit., 223.

<sup>57</sup> G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Kafka. Pour une littérature minnere*, Parigi, 1975, trad. it., *Kafka. Per una letteratura minore*, Macerata, ultima ed., 2021.

<sup>58</sup> Si v. R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020, spec. 130 ss.

### Abstract

Contro la retorica dei diritti umani, particolarmente pervasiva nell'ambito del diritto dell'immigrazione e soprattutto nella materia del diritto d'asilo e della tutela del rifugiato, si mette in luce la persistente centralità dello Stato amministrativo. Ciò sotto tre concorrenti prospettive: la rilevanza in materia del soft law nella forma delle circolari amministrative, il tema della gestione amministrativa dell'accoglienza, le persistenti criticità nella tutela giurisdizionale del richiedente asilo. Si ritiene che solo acquisendo una maggiore consapevolezza di tale assetto si potrà meglio cogliere il meccanismo di biopotere che opera sul richiedente asilo che varca la frontiera, ed entra in un percorso a tappe, scandito attraverso il passaggio da una struttura di accoglienza all'altra e da una prassi burocratica all'altra.

The administrative condition of the refugee, in the segmentary of the border

The persistent centrality of the administrative state plays a crucial role in questioning the concept the rhetoric of human rights, and it is extremely pervasive in the field of immigration law, especially regarding the notion of asylum and refugee protection. This according to three different perspectives: the relevance of soft law in the form of administrative circular, the issue of administrative management of the reception, persistent critical issues in the judicial protection of the asylum seeker. It is believed that only by acquiring a greater awareness of this structure it will be possible to better grasp the mechanism of biopower that operates on the asylum seeker who crosses the border, and enters in a gradual journey, marked by the passage from one reception facility to another and from one bureaucratic practice to a different one.

# Il terzo mandato del Presidente di regione di fronte al limite dei principi fondamentali stabiliti con “legge della Repubblica”

di Marco Galdi

SOMMARIO: 1. Il divieto del terzo mandato per il Presidente della regione eletto a suffragio universale e diretto nella legge n. 165 del 2004 fra applicazione diretta e necessario recepimento nella legge regionale. – 2. (Segue) Considerazioni a favore dell’applicazione diretta del limite. – 3. La prassi pregressa: la disapplicazione del divieto del terzo mandato nelle regioni Lombardia ed Emilia-Romagna; l’applicazione *pro futuro* nelle regioni Veneto e Marche. – 4. In prospettiva: il “caso Campania”. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. *Il divieto del terzo mandato per il Presidente della regione eletto a suffragio universale e diretto nella legge n. 165 del 2004 fra applicazione diretta e necessario recepimento nella legge regionale*

A quanto pare sussiste la concreta possibilità che, ad oltre vent’anni dalla promulgazione della legge 2 luglio 2004, n. 165, cioè nelle prossime elezioni per la scelta del Presidente della regione Campania previste per il 2025, essa ancora una volta possa essere disapplicata. Apre questo scenario una recente dichiarazione del Presidente in carica della regione Campania, Vincenzo De Luca, riconfermato alla guida dell’Ente nel 2020 e, quindi, nel pieno del suo secondo mandato<sup>1</sup>.

La notizia ha riaperto il dibattito sulla questione dell’applicazione del divieto del terzo mandato previsto, per il Presidente della regione direttamente eletto dal corpo elettorale, dalla l. n. 165/2004, che già aveva impegnato costituzionalisti e mondo politico nel recente passato<sup>2</sup>; costituendo l’ennesima occasione per tornare a riflettere sul limite dei mandati elettorali<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La dichiarazione del 3 agosto 2021 si può ascoltare su [https://www.youtube.com/watch?v=-Vs2\\_deD0i3A&t=4s](https://www.youtube.com/watch?v=-Vs2_deD0i3A&t=4s). In proposito, fra i commenti pubblicati su quotidiani, v. G. CUOMO, *Intervista a Tesouro, Tesouro: «Terzo mandato a De Luca? Non si può, la Costituzione è chiara»*, in *Corriere del Mezzogiorno* del 28 luglio 2021; S. PRISCO, *De Luca ter? Possibile, ma la classe dirigente non può essere eterna*, in *Il Riformista* – Napoli, 31 luglio 2021; G. DI FIORE, *La norma parla chiaro. Due mandati. Le interpretazioni sono scorrette*, Intervista a M. VILLONE: *La questione dovrebbe essere risolta dai costituzionalisti con un’interpretazione chiara dell’art. 122 che rimanda ai limiti della “legge della Repubblica”*, in *Il Mattino* del 3 agosto 2021; C.M. VIGGIANO, *Sul doppio mandato De Luca gioca con le leggi dello Stato*, in [www.ilriformista.it](http://www.ilriformista.it) del 5 agosto 2021.

<sup>2</sup> In tema v. L. BRUNETTI, *Sulla pretesa ineleggibilità al terzo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale*, in *Forum Quad. cost.*, 26 marzo 2010, reperibile in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); L. CASTELLI, *Profili costituzionali del terzo mandato dei presidenti di Regione*, in *Le Regioni*, 3-4, 2009, 489-515; M. RAVERAIRA, *Il limite del doppio mandato alla immediata rielezione del presidente della giunta regionale: una questione complessa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 19/2009.

<sup>3</sup> Il tema è di stringente attualità anche su altri fronti, come testimoniato, da ultimo, dalla pre-

Nelle pagine che seguono ci si propone, dopo una sintetica ricostruzione del quadro normativo vigente ed una sua valutazione, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, di esaminare le possibili conseguenze sul piano giudiziario, ordinario e/o costituzionale, dell'annunciata terza ricandidatura del Presidente della regione Campania: perché, se è vero che spetta ai costituzionalisti una funzione di "sorveglianza" sui comportamenti della classe politica<sup>4</sup>, è altrettanto vero che forse può risultare più produttivo evidenziare le possibili risposte ordinamentali alle condotte degli operatori politici, anziché limitarsi ad invocare una legalità costituzionale violata, che peraltro nel recente passato si è vista talora sprovvista di efficace sanzione.

Ma procediamo con ordine.

Com'è noto, punto di partenza è l'art. 122, comma 1, Cost., secondo il quale "il sistema d'elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi". L'art. 122, cioè, individua le fonti del diritto competenti in materia di elezioni regionali, prevedendo una concorrenza fra "legge della Repubblica", che detta i principi fondamentali, e legge regionale, sostanzialmente analoga a quella disciplinata nell'art. 117, comma 3 Cost.; di fatto sottraendo spazio normativo all'autonomia regionale, tanto legislativa quanto statutaria, a garanzia di uniformità della disciplina dettata sul territorio nazionale.

In attuazione di questa previsione costituzionale, la l. n. 165/2004, all'articolo 2, detta i "principi fondamentali" che le Regioni devono recepire nel disciplinare i casi di ineleggibilità dei propri vertici<sup>5</sup>; tra questi, alla lettera f), individua la "non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto, sulla base della normativa regionale adottata in materia"<sup>6</sup>.

---

sentazione presso il Senato della Repubblica, in data 1° aprile 2021, della proposta di legge di iniziativa parlamentare DDL S. 2165 – XVIII Leg., da parte del Sen. Gianni Pittella (PD), recante "Misure per favorire l'insediamento di nuovi residenti nei comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti e in materia di terzo mandato dei sindaci". Si segnala, in proposito, il recentissimo "Disegno di legge delega al governo per la revisione del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e altre disposizioni per la funzionalità degli enti locali" del 14 ottobre 2021, che all'art. 8, rubricato "Disposizioni in materia di esercizio associato delle funzioni, di responsabilità e di durata del mandato dei sindaci e di costituzione degli uffici di supporto", al comma 1, lett. d), prevede la seguente modifica dell'art. 51 del TUEL: "Per i sindaci dei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, il limite previsto dal primo periodo si applica allo scadere del terzo mandato".

<sup>4</sup> IL REGIONALISTA, *Ancora sul divieto di terzo mandato alla carica di Presidente della Giunta regionale: una replica a Stefano Ceccanti*, in *Forum Quad. cost.*, reperibile in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>5</sup> Commenta, nel suo complesso, questo articolo F. DRAGO, *Commento all'articolo 2*, in *La legge quadro n. 165 del 2004 sulle elezioni regionali*, a cura di B. CARAVITA, Milano, Giuffrè, 2005, 52 ss.

<sup>6</sup> Ricostruisce il dibattito parlamentare che ha preceduto la l. n. 165/2004, con particolare

Secondo alcuni, il principio statale, anche in virtù del suo evidente e ben definito portato normativo, che non necessita di una specifica regolazione regionale per essere applicato, sarebbe immediatamente vincolante in quelle regioni i cui statuti abbiano optato per l'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Giunta<sup>7</sup>.

Secondo altri, invece, il principio statale rimarrebbe improduttivo di effetti finché non sia recepito dalla legislazione elettorale regionale<sup>8</sup>, continuando ad applicarsi, frattanto, la disciplina statale preesistente alla riforma dell'art. 122 Cost.<sup>9</sup>.

## 2. (Segue) *Considerazioni a favore dell'applicazione diretta del limite*

La questione è evidentemente controversa.

Personalmente aderisco alla prima tesi, propendendo per la legittimità – e diretta applicabilità – di norme di dettaglio contenute nella legge cornice (nel

---

riferimento al limite del doppio mandato, A. STERPA, *La legge quadro statale nelle materie di cui all'art. 122 Cost. e la fase statutaria delle Regioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 14/2004, 10.

<sup>7</sup> V., per tutti, M. RAVERAIRA, *Il limite del doppio mandato*, cit., e L. CASTELLI, *Profili costituzionali del terzo mandato*, cit., spec. 22, il quale sottolinea come “Dove il legislatore regionale è intervenuto, si è limitato a ribadire pedissequamente il divieto di terzo mandato consecutivo, senza darvi alcun ulteriore svolgimento: una conferma – si direbbe – del basso grado di astrattezza di quella disposizione, che non richiederebbe altro che un'attività di materiale riproduzione da parte delle Regioni”. Sul punto v. anche M. COSULICH, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008, 279, per il quale si tratterebbe di “un principio fondamentale (...) che sembra piuttosto un dettaglio”. Propende per l'immediata applicabilità anche N. VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria*, Napoli, 2010, 220.

<sup>8</sup> L. BRUNETTI, *Sulla pretesa inleggibilità al terzo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale*, in *Forum Quad. cost.*, 26 marzo 2010, reperibile in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). L'A. enfatizza il riferimento normativo: “sulla base della normativa regionale adottata in materia”. Ed aggiunge: “Mi pare, cioè, innegabile che il Legislatore statale abbia voluto espressamente individuare il *dies a quo* dell'applicazione del principio di cui alla norma citata nelle prime elezioni successive all'avvenuta ricezione della norma *de qua* da parte della legislazione delle singole Regioni” (p. 3).

<sup>9</sup> Afferma il “principio di continuità” la giurisprudenza della Consulta, per la quale il nuovo articolo 122 “dà luogo solo a nuove e diverse possibilità di intervento legislativo della regione, senza che però venga meno nel frattempo, in forza del principio di continuità, l'efficacia della normativa statale preesistente conforme al quadro costituzionale in vigore all'epoca della sua emanazione”. Cfr. Corte cost., ord. 23 luglio 2002, n. 383. Più di recente v. Corte cost., 26 giugno 2018, n. 134, che valuta inammissibili le questioni di legittimità costituzionale e tuttavia al punto 2.2.1 del considerato in diritto afferma: “quanto previsto dalla legge n. 154 del 1981 – e, per quello che qui interessa, la disposizione contenuta nell'art. 3, numero 5), alla quale fa specifico riferimento il rimettente – continua a spiegare residuale efficacia in virtù del principio di continuità dell'ordinamento giuridico (sentenza n. 143 del 2010; ordinanze n. 223 del 2003 e n. 383 del 2002) nelle regioni ordinarie che non abbiano ancora introdotto una loro disciplina, ma è destinato a non trovare più applicazione mano a mano che le regioni stesse legiferano (sentenza n. 143 del 2010)”.

caso *de quo* l'art. 2 della l. n. 165/2004), purché rispondano ad una prevalente esigenza di disciplina uniforme a livello nazionale (ragione stessa dell'adozione delle leggi statali nelle materie di cui al comma 3 dell'art. 117 ed al comma 1 dell'art. 122 Cost.)<sup>10</sup>.

Questa impostazione, peraltro, sembra trovare una significativa conferma nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che pure è stata valutata come incerta e oscillante sul punto<sup>11</sup>: infatti, a fronte dell'orientamento sviluppatosi subito dopo la riforma del titolo V, che appariva teso ad escludere la legittimità costituzionale delle norme di dettaglio contenute nelle leggi cornice<sup>12</sup>,

<sup>10</sup> M. PEDRAZZA GORLERO, S. CATALANO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, ed. II, Milano, 2018, 194, secondo i quali “L'ammissibilità di norme statali di dettaglio è fatta salva dalla Corte costituzionale sia in nome del principio di continuità, sia a tutela di *esigenze di carattere unitario*”, ricordando Corte cost., 7 luglio 2005, n. 270. Si tratta di esigenze che rinvergono nella Costituzione diversi strumenti di soddisfazione, a partire dalla previsione dei “livelli essenziali delle prestazioni” di cui all'art. 117, comma 2, lett. m). Significativo al riguardo è anche il dibattito sull'interesse nazionale, evidentemente eliminato solo apparentemente dalla Costituzione con la riforma del 2001. Sul tema si rinvia a M. CARRER, *L'interesse nazionale, una sfuggente certezza nell'ordinamento costituzionale: spunti da una recente monografia*, in *www.ambientediritto.it*, 4/2020, 1159 ss.; A. DE CRESCENZO, *Interesse nazionale e competenza legislativa regionale. Prime riflessioni a margine del d.d.l. costituzionale A.S. 1825*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2/2020, 417 ss.; F. MANGANIELLO, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, Napoli, 2017; ID., *L'interesse nazionale scompare nel testo... ma resta nel contesto. Una rassegna dei problemi*, in *Le Regioni*, 1-2, 2012, 57 ss.; F. BENELLI, *Interesse nazionale, istanze unitarie e potestà legislativa regionale: dalla supremazia alla leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 5, 2006, 933 ss.; R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, 1213 ss. In questo senso v. T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, ed. X, Milano, 2019, 207, i quali, a conclusione di una complessa analisi, affermano: “A conti fatti, ieri come oggi, il criterio che sta a base dell'assetto costituzionale delle competenze e che orienta tanto la legislazione quanto la stessa giurisprudenza è quello della *natura degli interessi* in gioco” (il corsivo è mio).

<sup>11</sup> T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 199 ss., ma soprattutto 204 s.

<sup>12</sup> Cfr. Corte. cost., 26 giugno 2002, n. 282, punto 3 del considerato in diritto, ove, partendo dalla premessa che “la risposta al quesito, se la legge impugnata rispetti i limiti della competenza regionale, ovvero ecceda dai medesimi, deve oggi muovere – nel quadro del nuovo sistema di riparto della potestà legislativa risultante dalla riforma del titolo V, parte II, della Costituzione realizzata con la legge costituzionale n. 3 del 2001 – non tanto dalla ricerca di uno specifico titolo costituzionale di legittimazione dell'intervento regionale, quanto, al contrario, dalla indagine sulla esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenza statale”, si conclude: “la nuova formulazione dell'art. 117, terzo comma, rispetto a quella previgente dell'art. 117, primo comma, esprime l'intento di una più netta distinzione fra la competenza regionale a legiferare in queste materie e la competenza statale, limitata alla determinazione dei principi fondamentali della disciplina”. Da segnalare che proprio in tema di ineleggibilità e incompatibilità dei Consiglieri regionali è intervenuto anche un rinvio presidenziale da parte del Presidente Ciampi *ex art.* 74 Cost., motivato dalla previsione di una normativa direttamente applicabile in spregio al dettato dell'art. 122 Cost. Cfr. B. CARAVITA, *Una vicenda piccola, una questione importante: alcune riflessioni in ordine ad un recente rinvio presidenziale*, in *www.federalismi.it*, 2002, e A. RUGGERI, *Il Presidente Ciampi e la teoria delle fonti (a margine*

superato un temporaneo approccio definito dalla dottrina “pilatesco”<sup>13</sup>, si è registrata una progressiva correzione di tiro, con pronunce che, ad esempio, hanno escluso l’incostituzionalità di norme di dettaglio statali in tema di governo del territorio<sup>14</sup>. Da ultimo, l’impostazione risulta confermata dalla decisione n. 70 del 2020, in cui la Corte costituzionale in qualche modo supera la stessa distinzione fra norme di principio e di dettaglio contenute nella legge cornice, ritenendo che il T.U. dell’edilizia, *sedes materiae* della legislazione cornice riconducibile al governo del territorio, di fatto contenga “norme dalla diversa estensione sorrette da *rationes* distinte e infungibili, ma caratterizzate dalla comune finalità di offrire a beni non frazionabili una protezione unitaria sull’intero territorio nazionale”<sup>15</sup> (*mutatis mutandis*, per riportare il ragionamento al caso che ci occupa, il bene non frazionabile meritevole di una protezione unitaria sull’intero territorio nazionale sarebbe il diritto di elettorato passivo, *ex* artt. 3 e 51 Cost., strettamente connesso al principio democratico che informa di sé l’intero ordinamento, se è vero che il protrarsi dei mandati del Presidente della regione, alla luce dei poteri molto incisivi di cui gode, lede gravemente l’effettiva possibilità di competizione democratica degli altri candidati)<sup>16</sup>.

Orbene, il divieto del terzo mandato ha indubbiamente un contenuto definito, al punto che, al di là dell’auto-qualificazione che ne fa l’art. 2, lett. f) della l. n. 165/2004, pare atteggiarsi piuttosto come regola stringente che come principio (che dovrebbe limitarsi a porre “criteri ed obiettivi”<sup>17</sup>). Ciò, in applicazione

---

*del rinvio della legge sulle incompatibilità dei consiglieri regionali*), in *Forum Quad. cost.*, 19 novembre 2002, il quale si segnala per un immediato ridimensionamento della lettura della decisione n. 282 del 2002, considerata “una base ancora inconsistente per edificare su di essa una solida costruzione teorica dei rapporti tra le leggi di Stato e regione, secondo la Carta novellata”.

<sup>13</sup> T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 205, che si riferisce a Corte cost., 13 luglio 2011, n. 205, punto 4 del considerato in diritto, in cui la Corte ha affermato di non voler “affrontare la complessa tematica della generale ammissibilità, dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, delle norme statali ‘cedevoli’ in ambiti devoluti alla potestà legislativa regionale”.

<sup>14</sup> Corte cost., 14 maggio 2004, n. 146.

<sup>15</sup> Corte cost., 24 aprile 2020, n. 70, punto 9.1. del considerato in diritto, per il quale “Per costante giurisprudenza costituzionale, a prescindere dall’auto-qualificazione, certamente non vincolante per l’interpretazione di questa Corte, contenuta nell’art. 1, comma 1, del t.u. edilizia, in detto testo unico trova sede la legislazione di cornice in materia di edilizia, a sua volta riconducibile al governo del territorio”. Si veda anche il seguente punto 9.2., per il quale “Come questa Corte ha già avuto modo di sottolineare, le disposizioni del t.u. edilizia integrano «norme dalla diversa estensione, sorrette da *rationes* distinte e infungibili, ma caratterizzate dalla comune finalità di offrire a beni non frazionabili una protezione unitaria sull’intero territorio nazionale» (sentenza n. 125 del 2017)”.

<sup>16</sup> Che i principi enunciati dalla l. n. 165/2004 siano “espressivi dell’esigenza indefettibile di uniformità imposta dagli artt. 3 e 51 Cost.”, era già sostenuto da Corte cost., 14 aprile 2010, n. 143, punto 4.2. del considerato in diritto.

<sup>17</sup> T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti*, cit., 199.

dell'art. 10 della l. 10 febbraio 1953, n. 62, dovrebbe giustificare un intervento diretto del giudice ordinario, che constati, nel caso *de quo*, se non l'abrogazione, l'integrazione della disciplina, senza nemmeno la necessità di rivolgersi alla Consulta<sup>18</sup>. Peraltro, va rilevato che, nelle regioni prive di una disciplina legislativa propria dei casi di ineleggibilità e incompatibilità dei funzionari onorari (consiglieri, assessori regionali e Presidente della Giunta), il principio statale finirebbe per integrare un tessuto normativo che è tuttora definito dalla stessa legge statale... evidentemente comportando un *vulnus* meno significativo per l'autonomia regionale.

Cionondimeno, si registra, come vedremo nel prossimo paragrafo, un orien-

---

<sup>18</sup> Deve considerarsi, infatti, tuttora vigente l'art. 10 della l. n. 62/1953, recante una prima disciplina della potestà legislativa concorrente, per il cui comma 1 "le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali (...) abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse"; prevedendosi poi, al secondo comma, che "i Consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni". In vero, la perdurante vigenza di questa disposizione sembra emergere dalla lettura della banca dati legislativa "Normattiva", programma di semplificazione normativa avviato, nel nostro ordinamento, con l'art. 107 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, allo scopo di "promuovere l'informatizzazione e la classificazione della *normativa vigente* al fine di facilitarne la ricerca e la consultazione gratuita da parte dei cittadini, nonché di fornire strumenti per l'attività di riordino normativo" (il corsivo è mio). E tuttavia, va segnalato che questa banca dati non solo non può tener conto delle eventuali abrogazioni tacite delle disposizioni normative; ma neppure è detto registri correttamente l'effetto del meccanismo c.d. "taglialeggi". Sul punto, si vedano, di recente, le considerazioni svolte da A. CELOTTO, *Dubbi sulla sopravvivenza di una norma anacronistica (in margine a C.G.A. n. 88/2018)*, nota a CGARS, II sez. giur., 13 febbraio 2018, n. 88, in *Urb. e app.*, 3/2018, 337 ss. Eppure, testimonia una qualche vitalità del meccanismo previsto nell'art. 10 della l. n. 62/1953 la legge regionale siciliana 5 aprile 2011, n. 6, il cui art. 10, nell'aggiungere alla legge regionale 15 settembre 1997, n. 35 il nuovo art. 11-bis, disciplina la revoca del Presidente del Consiglio provinciale e del Consiglio comunale, richiedendo la maggioranza dei due terzi per siffatte delibere e disponendo, al comma 2, che "Entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, i Comuni e le Province regionali adeguano i propri statuti alle disposizioni di cui all'art. 11 bis della legge regionale 15 settembre 1997, n. 35, introdotto dal comma 1". Anche in questo caso, tuttavia, l'applicazione giurisprudenziale non è favorevole ad una immediata integrazione della disciplina statutaria locale, decorsi i 90 giorni. In proposito v. C. CORSI, M. ROSINI, *Statuti, regolamenti e ordinanze degli enti locali: un inquadramento giurisprudenziale (2013-2017)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, disponibile in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 4 s., ove si esamina Tar Sicilia, 18 maggio 2015, n. 1326. Quindi, deve condividersi l'orientamento di chi, in dottrina, continua a prefigurare una sorta di "doppio binario", che è possibile seguire in caso di sopravvenienza del principio statale (tanto l'abrogazione quanto l'invalidità sopravvenuta), in ragione della "struttura delle disposizioni"; evidentemente alludendo al grado di determinatezza del principio statale, lì dove maggiore determinazione del portato normativo potrebbe facilitare la constatazione dell'avvenuta abrogazione da parte degli operatori. Cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 203. Si segnala, peraltro, che la possibilità del doppio binario (abrogazione/illegittimità costituzionale sopravvenuta) è stata teorizzata la prima volta, con riferimento al tema della vigenza della legislazione pre-costituzionale dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, dalla prima storica Sentenza della Consulta: Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1.

tamento diverso della magistratura ordinaria, restia ad applicare direttamente i principi statali, richiedendo comunque l'interposizione della legge regionale.

Ciò, se è espressione di una certa prudenza interpretativa da parte della giurisprudenza di merito, è certamente anche causato dalla “grave mancanza che perdura, quella per cui nel quadro costituzionale, nel vecchio come pure nel nuovo, non si prende partito una buona volta in modo chiaro e fermo a favore di questo o quel canone di composizione delle fonti in sistema”<sup>19</sup>. E, certamente, fra le criticità strutturali dell'ordinamento, che possono aver concorso a determinare la situazione qui esaminata, un posto di primo piano riveste la mancata previsione di forme di negoziazione fra Stato e Regioni relativamente, fra l'altro, all'adozione della legge che pone i principi fondamentali nelle materie indicate nell'art. 122, comma 1, Cost., estesa anche ai problemi di coordinamento o di diritto transitorio: in un sistema cooperativo ispirato al principio di leale collaborazione fra livelli istituzionali, infatti, il coinvolgimento delle regioni sembra indispensabile per renderle più partecipi e meno propense a ricercare strategie di elusione rispetto all'impianto normativo etero-imposto dallo Stato<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> *Idem*, 202. Si segnala come nel nostro ordinamento una soluzione interessante, che potrebbe essere generalizzata in sede di revisione costituzionale, si rinviene nell'ordinamento della regione Trentino-Alto Adige, ove l'art. 2 del D.P.R. 16 marzo 1992, n. 266, recante “Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra gli atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento”, prevede che le legislazioni regionale e provinciale devono adeguarsi ai nuovi principi fondamentali entro sei mesi successivi alla pubblicazione della legge statale nella Gazzetta Ufficiale ovvero nel termine più ampio stabilito *ex lege*, frattanto rimanendo applicabili le disposizioni regionali e provinciali preesistenti. Decorso il termine suddetto, nel caso di omissione regionale, il Governo può impugnare dinanzi alla Corte costituzionale le disposizioni regionali, per violazione diretta dello Statuto regionale. Sul punto v. M. PEDRAZZA GORLERO, S. CATALANO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, cit., 191 s.

<sup>20</sup> Non vi è dubbio che la soluzione istituzionale che consentirebbe l'effettiva partecipazione regionale (ma anche da parte delle autonomie territoriali minori) nell'approvazione delle discipline di proprio interesse, sulla scorta dell'esperienza maturata negli Stati federali, consisterebbe nel superamento, in sede di revisione costituzionale, del bicameralismo perfetto e nella previsione di un “Senato delle Autonomie”. Sul punto v., *ex multis*, A. PATRONI GRIFFI, *Per il superamento del bicameralismo paritario e il Senato delle autonomie: lineamenti di una proposta*, Intervento al Seminario *La Costituzione Spagnola e il nazionalismo catalano: l'asimmetria sta esplodendo?*, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, S.M. Capua Vetere, 31 gennaio 2018, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 17/2018; E. CARLONI, *Considerazioni sparse, tra Senato delle autonomie e “nuovissimo” Titolo V*, in *Istituzioni del federalismo*, 2/2016, 477-482; A. DE PETRIS, *Come conciliare rappresentanza politica e territoriale nel nuovo senato delle autonomie? Riflessioni critiche ispirate dall'esame del modello Bundesrat*, Intervento al convegno *Rappresentanza Politica e Autonomie*, Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l'Economia dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, 13 giugno 2016, in *Nomos*, 3/2016. Ma, com'è noto, tutti i tentativi di riforma del bicameralismo nel nostro ordinamento sono naufragati; né ad oggi ha trovato traduzione nei regolamenti parlamentari l'art. 11 della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, il quale, peraltro, incomprensibilmente, si riferisca solo alle materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e all'articolo 119 Cost., non estendendo la previsione a tutti i casi in cui la Costituzione richiami le “leggi della Repubblica”, compresa l'ipotesi, che ci occupa, dell'art. 122, comma 1, Cost.

3. *La prassi pregressa: la disapplicazione del divieto del terzo mandato nelle regioni Lombardia ed Emilia-Romagna; l'applicazione pro futuro nelle regioni Veneto e Marche*

In ogni caso, come si è anticipato, l'impostazione secondo cui il limite di mandati per il Presidente della regione direttamente eletto dal corpo elettorale rimanga improduttivo di effetti, finché non sia recepito dalla legislazione elettorale regionale, è stata fatta propria dalla giurisprudenza di merito.

La strada del principio è, infatti, lastricata da plurime disapplicazioni, giustificate dal suo mancato (o tardivo e solo *pro futuro*) recepimento da parte delle leggi regionali.

La questione si è posta, però, con sfumature diverse.

Nelle elezioni regionali del 2010, infatti, sia per la Lombardia che per l'Emilia-Romagna, sono stati rieletti per un terzo mandato i rispettivi Presidenti (Roberto Formigoni e Vasco Errani). A fronte dei ricorsi elettorali presentati alla magistratura ordinaria di Milano e di Bologna, si è registrato, tuttavia, sia in primo che in secondo grado, un analogo orientamento, affermandosi la competenza della legge regionale per la disciplina dei casi di ineleggibilità e incompatibilità del Presidente della regione e, quindi, la non diretta applicazione del limite di principio contenuto nella l. n. 165/2004 (art. 2, lett. f)<sup>21</sup>.

Si riportano, per una migliore comprensione di queste decisioni, ma anche per il rilievo di precedente che possono assumere rispetto al caso della regione Campania, alcuni passaggi della motivazione. La Corte d'Appello di Milano, nella sentenza n. 1404/2011, confermando la decisione del Tribunale di primo grado (sentenza n. 9053/2010)<sup>22</sup>, si è appigliata a rilievi di ordine formale: lo stesso art. 1 della l. n. 165/2004 chiarisce di dettare “i *principi fondamentali* ai sensi dell'art. 122 Cost.”; ma soprattutto la lettera f) dell'art. 2, diversamente da quanto previsto dalle lettere a)-e) dello stesso articolo, rinvia espressamente alla “normativa

<sup>21</sup> Questa impostazione sembrerebbe confermata dalla Suprema Corte di Cassazione, per la quale “qualora una regione non abbia ancora provveduto a disciplinare con legge i casi di ineleggibilità a consigliere regionale, ai sensi dell'art. 122, primo comma, Cost. e dell'art. 2 della l. n. 165/2004, è applicabile, nei confronti dell'amministratore di una società interamente partecipata dalla Regione, la causa di ineleggibilità a consigliere prevista dall'art. 2, n. 10, della l. n. 154 del 1981...”. Cfr. Cass., sez. un., 25 luglio 2006, n. 16898. Questo perché – sono sempre parole della Cassazione – “l'articolo 2 della legge n. 165 è diretto a regolare l'attività legislativa regionale in materia di ineleggibilità e non a modificare direttamente le singole ipotesi di ineleggibilità previste dalla legge statale”. E, tuttavia, non è scontato che i principi enunciati in questa decisione della Cassazione, pronunciata con riferimento ai consiglieri regionali, valgano anche per i Presidenti di Regione, estendendosi cioè alla clausola di cui alla lettera f) dell'art. 2 della l. n. 165/2004, certamente più specifica delle altre cause di ineleggibilità elencate in questo articolo.

<sup>22</sup> La sentenza è integralmente pubblicata in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 11 del 1° giugno 2011. Ne ricostruisce il contenuto A. LOLLO, “Non c'è due senza tre”. È legittima la terza elezione consecutiva del Presidente della Regione eletto a suffragio universale diretto, in *Diritti Regionali*, del 31 maggio 2011, reperibile in [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it).

regionale adottata in materia”. Ne consegue che, da una parte, risulterebbe ancora applicabile, grazie al rinvio contenuto nell’art. 5 della l. cost. n. 1/1999, la disciplina elettorale statale anteriore (l. 17 febbraio 1968, n. 108, e l. 23 febbraio 1995, n. 43), che non contempla alcun limite al numero dei mandati; dall’altra, il principio statale che vieta la rielezione al terzo mandato vincolerebbe il solo legislatore regionale, obbligato a rispettare detto limite all’atto dell’adozione della disciplina legislativa di dettaglio, a pena, evidentemente, di incorrere in un caso di incostituzionalità per violazione della norma interposta (*id est*: art. 2, lett. f, l. n. 165/2004). Sostanzialmente analogo è il ragionamento seguito dalla Corte d’Appello di Bologna, prima sezione civile, con la sentenza n. 453 del 25 marzo 2011, depositata il 20 aprile dello stesso anno, svolto in poco più di tre pagine<sup>23</sup>.

Ma vi è un ulteriore passaggio compiuto dalla Corte d’Appello di Milano, che merita di essere evidenziato, lì dove si ridimensiona il tema della diretta applicabilità dell’art. 2 della l. n. 165/2004, considerando un ulteriore argomento come dirimente ai fini della decisione: “quand’anche si ritenesse il principio di cui alla lettera f) immediatamente operativo *erga omnes*, non ne conseguirebbe, per ciò solo, la declaratoria di ineleggibilità dell’appellato Formigoni, atteso che il divieto in parola potrebbe trovare applicazione solo per le elezioni successive all’entrata in vigore della legge e quindi a far tempo dalle elezioni svolte nel 2005”. In altre parole, la Corte d’Appello considera in ogni caso non applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame, in ragione del principio generale di irretroattività della legge (art. 11 preleggi al c.c.), il divieto del terzo mandato, se non, al più, a partire dall’anno in cui possono maturare i due mandati successivi all’entrata in vigore della l. n. 165/2004<sup>24</sup>.

Diverso è, infine, il precedente relativo alla regione Veneto, la quale ha adottato solo nel 2012 la legge elettorale regionale, che ha recepito il limite dei due mandati per il Presidente della regione; con la conseguenza che solo da quella data si è previsto che decorresse il termine per calcolare i mandati: consentendo, così, al Presidente uscente, Luca Zaia, di azzerare il suo primo mandato ed aprendo la strada ad altre due possibili rielezioni, poi di fatto avvenute nel 2015 e nel 2020<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Attualmente la materia elettorale in quella regione è disciplinata dalla l. reg. 23 luglio 2014, n. 21, recante “Norme per l’elezione dell’Assemblea legislativa e del Presidente della Giunta regionale”, per il cui art. 7 “Non può essere immediatamente ricandidato alla carica di Presidente della Giunta regionale chi ha già ricoperto ininterrottamente tale carica per due mandati consecutivi”.

<sup>24</sup> In questo senso si era già espresso S. CECCANTI, *Il tetto ai mandati qualifica l’ordinamento regionale, ma non è applicabile prima del 2015*, in *www.federalismi.it*, n. 19/2009, il quale, pur non mettendo in discussione l’immediata applicabilità del divieto, lo considera applicabile a decorrere dalle elezioni del 2015, nel rispetto del principio di irretroattività della legge.

<sup>25</sup> L. reg. 16 gennaio 2012, n. 5, recante “Norme per l’elezione del Presidente della Giunta e del Consiglio Regionale”, il cui art. 6 prevede il limite dei due mandati per il Presidente (ma anche per gli Assessori regionali) e, all’art. 27, comma 2, dispone che esso si applichi “con riferimento ai mandati successivi alle elezioni effettuate dopo la data di entrata in vigore della presente legge”.

Su questa falsariga si è mossa anche la regione Marche, la quale, con la legge regionale 1° febbraio 2005, n. 5<sup>26</sup>, ha parimenti disposto che il limite al numero dei mandati dovesse applicarsi solo *pro futuro*<sup>27</sup>; anche se, questa volta, a differenza di quanto accaduto per il Presidente Zaia, il “Governatore” uscente (espressione giornalistica, questa, ma ormai molto diffusa), Gian Mario Spacca, è risultato sconfitto nel suo terzo appuntamento con le urne del 31 maggio 2015.

#### 4. *In prospettiva: il “caso Campania”*

Ora, rispetto ai precedenti riportati, sembrerebbe, stando alla dichiarazione richiamata ad apertura di queste riflessioni, che in Campania il Presidente De Luca si prepari a proporre alla sua maggioranza in Consiglio regionale una legge che, sui modelli veneto e marchigiano, disciplini espressamente i principi relativi alle cause di ineleggibilità e a quelle di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali: in attuazione della l. n. 165/2004, certo; ma anche per ottenere il risultato di “azzerare” i suoi primi dieci anni di governo...

Durante un’intervista resa ad un quotidiano nella scorsa estate gli suggerivo pubblicamente la strada dell’inerzia<sup>28</sup>: *quieta non movere...* Cerco in questa sede di chiare più diffusamente l’affermazione.

La magistratura campana potrebbe “salvare” lo scanno di De Luca al terzo mandato, come già accadutogli nel 2015, in pendenza di una ben più delicata – e complessa – questione di incandidabilità<sup>29</sup>: in sede di giurisdizione ordinaria i

<sup>26</sup> Recante “Norme relative alle elezioni regionali dell’anno 2005 – Modifica della legge regionale 16 dicembre 2004, n. 27” (a sua volta recante “Norme per l’elezione del consiglio e del presidente della Giunta regionale”) su cui v., diffusamente, D. CODUTI, *Il limite ai mandati del Presidente della Giunta e i suoi aspetti problematici. Riflessioni a margine della l. reg. Marche 5/2015*, in *Forum Quad. cost.*, 6/2015.

<sup>27</sup> Questa disposizione richiama il limite dettato dalla l. n. 165/2004 ma, nell’unica disposizione transitoria e finale, ne rinvia l’efficacia: “La disposizione di cui al comma 2 dell’articolo 3 bis della l.r. 27/2004, nel testo introdotto dall’articolo 2 di questa legge, si applica avuto riguardo alle legislature successive a quella di entrata in vigore di questa legge”.

<sup>28</sup> Ho anticipato questo ragionamento nell’intervista resa al *Corriere del Mezzogiorno-Campania* del 6 agosto 2021.

<sup>29</sup> Si tratta di una vicenda complessa, sulla quale è intervenuto dapprima il TAR Salerno, sospendendo il provvedimento prefettizio che inibiva a De Luca l’esercizio della carica di Sindaco di Salerno; poi, con riferimento alla carica di “Governatore”, nell’ordine, è intervenuto il TAR Napoli, la Cassazione a Sezioni unite Civili, il Tribunale di Napoli e la Corte costituzionale, che pure dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla “legge Severino” (Corte cost., 19 novembre 2015, n. 235). La complessa questione si è poi risolta con l’assoluzione con formula piena in Corte d’appello (“perché il fatto non sussiste”) del Presidente De Luca, che ha fatto venire meno la causa di incandidabilità. Sulla decisione della Consulta,

magistrati napoletani, infatti, potrebbero sposare le tesi dei colleghi meneghini e bolognesi, quantomeno rispetto alla necessità del recepimento con legge regionale del divieto del terzo mandato<sup>30</sup>. Certo, essendoci in Campania una legge elettorale regionale (l. reg. 27 marzo 2009, n. 4) – in ciò si palesa la più significativa differenza del caso campano rispetto ai precedenti sopra evocati – che, pur senza regolare espressamente, come avrebbe dovuto *ex art.* 122, comma 1 Cost., i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale, ha compiutamente disciplinato la procedura elettorale<sup>31</sup>, egli, ove riletto al terzo mandato, si troverebbe con ogni probabilità di fronte alla proposizione della questione di legittimità costituzionale, come eccezione processuale nel corso del giudizio avviato dagli avversari politici; nonché di fronte all'eventualità – tutt'altro che peregrina – di una decisione additiva della Consulta, che integri la legge regionale campana con la previsione espressa del divieto del terzo mandato, operante *ex tunc*.

Tuttavia, la questione di legittimità costituzionale va sollevata da un giudice, che deve essere ben attento a motivarla adeguatamente per non incorrere in ipotesi di improcedibilità o inammissibilità; e, in ultima analisi, quantomeno fra l'adozione da parte del giudice rimettente dell'ordinanza di rinvio, la sospensione del giudizio *a quo* e la pronuncia della Corte costituzionale, il “Governatore” guadagnerebbe tempo<sup>32</sup>.

---

prima ricordata, si rinvia ai commenti di G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della “legge Severino”*: nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale, in *Forum Quad. cost.*, 30 gennaio 2016; C. MARCHESI, *Legge Severino: la Corte si pronuncia ... e resta nel solco dei suoi passi!*, in *Forum Quad. cost.*, 28 gennaio 2016; L. LONGHI, *Il caso de Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2016; F.S. MARINI, *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio AIC*, 1/2016; V. PUPO, *La “legge Severino” al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *Le Regioni*, 2, 2016, 361 ss. Link ai provvedimenti giudiziari prima sommariamente citati si rinviengono in *www.lexitalia.it/a/2015/56719*. Sulla sospensione di De Luca v., anche, L. D'ANGELO, *Caso De Luca: questa sospensione “non s'ha da fare”*, in *Forum Quad. cost.*, 4 luglio 2015.

<sup>30</sup> Non è, infatti, utilizzabile per la Campania l'ulteriore argomentazione addotta come principale dalla Corte d'Appello di Milano, quella cioè per cui la l. n. 165/2004 troverebbe applicazione solo per le elezioni successive alla sua entrata in vigore. L'inesorabile decorso del tempo, infatti, ha fatto superare questo argomento. In ogni caso, per spunti critici al riguardo v. IL REGIONALISTA, *Ancora sul divieto di terzo mandato alla carica di Presidente della Giunta regionale*, cit.

<sup>31</sup> Questa ricostruzione appare in vero fondata, non ritenendosi di accedere alla tesi, costruita peraltro in termini dubitativi, secondo cui comunque la l. reg. campana n. 4/2009 richiamerebbe tacitamente il divieto del terzo mandato, lì dove prevede che all'elezione del Presidente si applichino la l. n. 108/1968, e la l. n. 43/1995, così come integrate dall'articolo 5 della legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1; nonché, in quanto compatibili, “le altre disposizioni statali o regionali, anche di natura regolamentare, vigenti in materia” (art. 1, comma 3, l. reg. campana n. 4/2009). Cfr L. CASTELLI, *Profili costituzionali del terzo mandato dei Presidenti di Regioni*, cit., 26 s.

<sup>32</sup> Nel frattempo, il Presidente in carica esplica le sue funzioni *ex art.* 2, comma 1, lett. d)

Questa scelta, mi rendo conto, di primo acchito, può sembrare meno proficua e più rischiosa dal punto di vista dell'aspirante "Governatore" di lungo corso... Ma anche le soluzioni veneta e marchigiana non è detto che siano del tutto prive di rischi, ovviamente nell'ottica di De Luca. E questo per almeno due ordini di ragioni.

La prima: una nuova legge regionale, ovviamente, abilita il Governo ad adire la Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione. E fra i motivi di impugnazione in via di azione, il Governo potrebbe indicare proprio l'intenzione del riformatore regionale di integrare la legge incostituzionale (l. reg. n. 4/2009, che non ha recepito il divieto del terzo mandato per il Presidente della regione, posto dall'art. 2, lett. f, della l. n. 165/2004) al malcelato scopo di perpetrare per un ulteriore decennio proprio quella situazione di illegittimità, cui formalmente sembra porre rimedio<sup>35</sup>. Certo, non è detto che ci siano le condizioni politiche per una simile impugnativa: fino ad ora si è registrato una sorta di accordo *bipartisan* fra partiti, ciascuno interessato a confermare, anche oltre il limite del doppio mandato, i propri vertici regionali; per cui il Governo ha

---

della l. n. 165/2004, per il cui ultimo allinea "l'esercizio delle rispettive funzioni è comunque garantito fino alla pronuncia definitiva sugli stessi ricorsi". Né va sottovalutato che lo Statuto della Campania, all'art. 46, prevede che "in caso di (...) dimissioni volontarie del Presidente della Giunta regionale, il vice-presidente, la Giunta regionale e il Consiglio regionale rimangono in carica per l'esercizio dell'ordinaria amministrazione fino all'insediamento dei nuovi organi" (comma 7): quindi, basterebbe che il Presidente presentasse le sue dimissioni sia pure solo nell'intervallo temporale fra il deposito della sentenza alla cancelleria della Corte e la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, per consentire al gruppo dirigente che lo affianca di arrivare alle nuove elezioni con la regione nel proprio controllo politico. Ovvero, potrebbe anche più proficuamente applicarsi il comma 8 dello stesso art. 46, per il quale "in caso di votazione di sfiducia o di dimissioni contestuali della maggioranza dei componenti del Consiglio, il Presidente della Giunta regionale, la Giunta e il Consiglio rimangono in carica per l'esercizio dell'ordinaria amministrazione fino all'insediamento dei nuovi organi": in questo caso sarebbe lo stesso Presidente, sfiduciato prima ancora della decadenza, a reggere le sorti regionali fino all'insediamento dei nuovi organi. Peraltro, una simile strada è stata seguita dal Presidente Formigoni nel 2013, consentendogli una lunga fase transitoria, in attesa delle nuove elezioni regionali, nelle quali i poteri del Presidente della regione, soprattutto in tema di nomine, sono stati tutt'altro che limitati all'ordinaria amministrazione. Cfr. D. CODUTI, *Crisi, scioglimento anticipato e nuove elezioni nelle Regioni Lazio e Lombardia: una lettura in parallelo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2/2013, part. 511 ss.

<sup>35</sup> È solo il caso di ricordare che non sempre la modifica o l'abrogazione di una legge preclude alla Corte costituzionale di pronunciarsi: per costante orientamento della Corte, infatti, la cessazione della materia del contendere è pronunciata qualora la modifica intervenuta abbia carattere soddisfacente delle pretese del ricorrente e la norma abrogata non abbia trovato *medio tempore* applicazione. Si vedano al riguardo Corte cost., 23 dicembre 2019, n. 287; nonché Id., 16 luglio 2019, n. 180.

ritenuto, tanto nel caso della legge veneta<sup>34</sup> che di quella marchigiana<sup>35</sup>, di non impugnarle, con riferimento al profilo che ci interessa. Parimenti è certo che non sia possibile ad oggi preconizzare né la data di concreta adozione della nuova legge regionale né gli scenari politici che si determineranno frattanto. Ma non si può nemmeno escludere che in quel momento ci siano le condizioni perché il Governo impugni la nuova legge elettorale, *ex art. 127 Cost.*

La seconda: in ogni caso, l'avversario politico eventualmente sconfitto dal rieletto al terzo mandato potrebbe comunque ricorrere avverso il risultato elettorale e proporre in giudizio l'eccezione di illegittimità costituzionale della nuova legge elettorale, per le stesse ragioni esposte al punto che precede. E un giudice *a quo* sensibile a valutazioni di legalità costituzionale potrebbe sollevare parimenti la questione innanzi alla Consulta... con un esito non certamente scontato<sup>36</sup>.

Insomma, sembra evidente che il vero rischio per il Presidente al terzo mandato è rappresentato dal vaglio della Corte costituzionale: meno occasioni ci sono per approdarvi e più possibilità sussistono perché possa reiterare i mandati<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Con Delibera del Consiglio dei ministri del 13 febbraio 2012, infatti, il Governo si limitava ad impugnare la legge della regione Veneto, con riferimento all'art. 2 ed al correlato articolo 27, per il quale "Il numero dei Consiglieri regionali è determinato dalla popolazione residente nella regione, nella misura di uno ogni centomila con esclusione della parte frazionaria del quoziente ottenuto", senza prendere per nulla in considerazione gli artt. 6 e, soprattutto, 27.

<sup>35</sup> Il Consiglio dei ministri del 21 aprile 2015 ha ritenuto di non impugnare la l. reg. Marche 5/2015 in "considerazione degli ampi margini tecnico-giuridici di incertezza".

<sup>36</sup> Peraltro, poche *chance* avrebbe la proposizione, da parte della difesa del "Governatore", della questione di legittimità costituzionale del limite al numero dei mandati, alla luce dell'orientamento della Consulta, di recente confermato nel caso, in vero strutturalmente differente, dei Componenti del Consiglio dell'ordine degli avvocati. Cfr. Corte cost., 10 luglio 2019, n. 173, per la quale ci si permette di rinviare a M. GALDI, *Il limite del doppio mandato e la democrazia dei cittadini*, in *Consulta online*, III/2019, 550 ss., reperibile in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>37</sup> Di fronte al chiaro tentativo di aggirare il divieto del terzo mandato, non va peraltro esclusa la possibilità che il Governo eserciti poteri sostitutivi *ex art. 120*, comma 2, *Cost.*, come di recente avvenuto con il d.l. 31 luglio 2020, n. 86, per emendare la disciplina elettorale della regione Puglia, che non contemplava, come imposto dalla l. n. 165/2004, la doppia preferenza di genere. Per cogliere, con approccio sinottico, l'analoga natura delle questioni, basta, peraltro, attingere dal d.l. n. 86/2020 i passaggi logici seguiti, evidentemente replicabili nel caso di ulteriore disapplicazione della l. 165/2004 in tema di limite dei mandati del Presidente di regione: 1) "tra i principi fondamentali vincolanti per la funzione legislativa regionale in materia di sistemi elettorali è stabilito il principio di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive" (art. 4, comma 1, lettera *c-bis*, della l. n. 165/2004); 2) "necessario a tutela dell'unità giuridica della Repubblica garantire l'effettività del rispetto del principio di accesso alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza ai sensi dell'articolo 51, primo comma, della Costituzione". Ebbene, non pare possa escludersi che la "tutela dell'unità giuridica della Repubblica" sia in grado di giustificare anche un intervento governativo teso a consentire, a vent'anni di distanza dall'adozione della l. n. 165/2004, la sua applicazione con riferimento all'art. 2, lett. f). Sul recente d.l. in tema di parità di genere v. S. BISSARO, *Parità di genere, autonomia regionale e potere sostitutivo del Governo ex art. 120, secondo*

## 5. *Considerazioni conclusive*

In sostanza, sarebbe forse più prudente per il Presidente De Luca evitare di promuovere una legge regionale, che vieti il terzo mandato con efficacia *ex nunc*. Peraltro, l'esperienza dovrebbe avergli insegnato che talora, a valor "giocare" con la legge e la Costituzione, si sollecitano interventi della Consulta il cui esito è deteriore rispetto alla situazione che si vorrebbe migliorare (il caso dell'annullamento della legge regionale campana 22 giugno 2017, n. 19, in tema di abusivismo edilizio, *docet*)<sup>38</sup>.

In conclusione, mi sia però consentito di tornare a indossare le vesti del giurista puro, che aspira al *sollen* (dover essere) e registra talora con sconcerto il *sein* (essere), per rilevare un dato ordinamentale, che emerge con evidenza da quanto accaduto (e probabilmente accadrà) in tema di limite dei mandati del Presidente della regione.

Personalmente non dubito che questo limite, in una forma di governo regionale che contempra l'elezione a suffragio universale e diretto della principale carica esecutiva, costituisca un fondamentale presidio di democrazia: esso garantisce, come è stato rilevato, le due principali esigenze sottese ad ogni ipotesi di ineleggibilità, vale a dire "la libera e genuina espressione del voto popolare, nonché la primaria esigenza della autenticità della competizione elettorale"<sup>39</sup>; assicura, inoltre, il contemperamento tra l'esigenza di non disperdere l'esperienza e quella di non blindare il ceto politico rispetto a un fisiologico ricambio nel tempo<sup>40</sup>; ma soprattutto, come ho avuto occasione di sostenere altrove, esso risponde all'an-

---

*comma, Cost.: alcune riflessioni a partire dal caso della Regione Puglia*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2021, 44-73. Ma sul tema v., anche, U. ADAMO, *Principio di pari opportunità e legislazione elettorale regionale. Dal Consiglio calabrese una omissione voluta, ricercata e 'votata'*. In *Calabria la riserva di lista e la doppia preferenza di genere non hanno cittadinanza*, in *Le Regioni*, 2, 2020, 403-417; E. AURELI, *La parità di genere nell'accesso alle cariche elettive nelle elezioni regionali del 2020. Analisi e prospettive*, in *www.federalismi.it*, n. 34/2020, 18-44.

<sup>38</sup> Sia consentito rinviare per questa vicenda alle osservazioni già svolte in M. GALDI, *Incostituzionalità della previsione di linee guida regionali in tema di acquisizione al patrimonio comunale di immobili abusivi e limiti delle leggi provvedimento. Un commento a prima lettura di Corte cost.*, 5 luglio 2018, n. 140, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018.

<sup>39</sup> L. CASTELLI, *Profili costituzionali del terzo mandato*, cit. Ma gli argomenti che possono portarsi a favore della limitazione del numero dei mandati sono molteplici. Fra gli altri v. D. CODUTI, *Incompatibilità "interne" e limiti al numero di mandati del Presidente della Giunta: la forma di governo regionale tra giurisprudenza costituzionale e ("casuali") ricorsi governativi*, in *Nuove Autonomie*, 6/2005, 971 ss., ma specialmente 979, per il quale "Un Presidente della Giunta – eletto a suffragio universale e diretto – che non incontra limiti al numero dei mandati consecutivi che può ricoprire può utilizzare la "minaccia" delle proprie dimissioni, come strumento di pressione sul Consiglio regionale, con un certo grado di discrezionalità (purché – ovviamente – ritenga di poter essere rieletto). Viceversa, un limite al numero dei mandati comporta un utilizzo delle dimissioni solo come *extrema ratio*".

<sup>40</sup> Sull'opportuno contemperamento delle due esigenze v. S. PRISCO, *De Luca ter? Possibile, ma la classe dirigente non può essere eterna*, cit.

tica logica del costituzionalismo, che ha bisogno di limitare il potere per evitare che degeneri in tirannide<sup>41</sup>.

E, invece, la storia della (dis)applicazione del divieto del terzo mandato per i vertici dell'esecutivo ha visto premiare l'omessa disciplina legislativa regionale, che ha consentito in più casi a Presidenti di regione che avevano già espletato due mandati di ricandidarsi e di governare ulteriormente. Cosicché, quella che Costantino Mortati aveva definito una "anomalia", e cioè il caso in cui una regione si fosse astenuta dal dettare la disciplina di propria competenza<sup>42</sup>, nel nostro Paese è diventata, ahimè, una regola premiante<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> M. GALDI, *Il limite del doppio mandato e la "democrazia dei cittadini"*, cit., Ma si veda sul punto anche C. FUSARO, *È un tale «nonsenso» il limite di mandato?*, in *Quad. cost.*, 3/2003, 647-649.

<sup>42</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, ed. VII, Padova, 1969, 863.

<sup>43</sup> Per la regione Campania si configura addirittura una doppia omissione, considerato che non viene disatteso solo il principio fondamentale sancito nella l. n. 165/2004, ma anche lo stesso Statuto campano, che all'art. 26, comma 4, lett. d), prevede espressamente fra i compiti del Consiglio regionale che disciplini "in armonia con la Costituzione e nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti con legge statale, i casi di ineleggibilità, incompatibilità e conflitto di interessi anche sopravvenuti dei consiglieri regionali, del Presidente della Giunta regionale e di componenti la Giunta regionale".

### **Abstract**

Tornato alla ribalta delle cronache il tema del limite al numero dei mandati del Presidente della regione eletto a suffragio universale e diretto, esso continua a porre questioni di diritto intertemporale, come già accaduto nell'esperienza di diverse regioni italiane, che vanno inquadrare nel più ampio contesto dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti fra legge cornice e disciplina regionale.

The third mandate of the President of the Region confronted with the limit of the fundamental principles established by the "law of the Republic"

Back in the news the issue of the limit to the number of mandates of the President of the Region elected by universal and direct suffrage, it continues to pose questions of intertemporal law, as already happened in the experience of several Italian regions, which must be framed in the broader context of the evolution of constitutional jurisprudence on the relationship between frame law and regional discipline.

# Giudice contabile e decisione amministrativa di transigere: fra burocrazia difensiva e rischi percepiti

di Valentina Giomi

SOMMARIO: 1. Soluzione transattiva della conflittualità amministrativa vs burocrazia difensiva. – 2. Lo spazio discrezionale come presupposto per la (possibile) decisione transattiva. – 3. La decisione pubblica di transigere. – 4. La scelta pubblica di transigere ed i confini del sindacato contabile. – 5. Burocrazia difensiva, effetti sulle scelte transattive della p.a. e recenti antidoti normativi. – 6. Riflessioni conclusive.

## 1. *Soluzione transattiva della conflittualità amministrativa vs burocrazia difensiva*

Nell'ultimo decennio gli elementi che compongono la prevalenza delle scelte amministrative adottate all'esito di un percorso ponderativo<sup>1</sup>, hanno subito una significativa modificazione che ne ha alterato la quasi totalità degli elementi strutturali originari, spostando (ma non diminuendo) gli equilibri delle responsabilità pubbliche, almeno sotto il profilo della percezione che di esse sviluppa l'amministrazione.

Sotto il primo aspetto è possibile notare che con sempre maggiore frequenza la decisione amministrativa<sup>2</sup>, che costituisce il punto di formale emersione del volere pubblico<sup>3</sup>, trae origine, nel contesto attuale, da valutazioni discrezionali

---

<sup>1</sup> L'impiego di tale espressione presuppone il rinvio a M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, alle cui elaborazioni giuridiche in tema di discrezionalità ci si riferisce. Una interessante rilettura della discrezionalità amministrativa attualizzata ai nodi problematici dell'amministrazione che può rilevare con riferimento al tema qui indagato è offerta da G. D. COMPORI, *Il coraggio di amministrare*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, 2020, qui 119-120, il quale nel precisare che se "l'area della discrezionalità consustanziale alla funzione è assai ampia e copre qualunque scelta operativa rimessa all'amministrazione agente", rileva come "nella realtà delle cose, veri e propri vincoli emergono nel corso dell'azione burocratica, ovvero sono da essa stessa alimentati e creati", per concludere con acutezza che "il campo di intervento della burocrazia è, dunque, costellato di possibilità di scelta che corrispondono allo sviluppo della razionalità attivata per fronteggiare il problema sul tappeto, mentre i tanti asseriti vincoli di cui si alimentano pretese riforme moralizzatrici dei costumi pubblici, o atteggiamenti burocratici rinunciatari alla responsabilità del confronto creativo con i fatti della vita, o ancora dietro a cui si nascondono prassi giudiziarie inclini a confrontarsi solo indirettamente e da remoto con i termini fattuali della vicenda controversa, appaiono soltanto alibi immaginari che non risolvono alcunché".

<sup>2</sup> Per l'espressione impiegata, qui nel significato evocativo di un paradigma di un percorso giuridico decisionale caratterizzante la formazione e l'esternazione della volontà dell'amministrazione, vedi L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 1.

<sup>3</sup> Sul ruolo della legge e sulla modalità di definizione normativa dell'interesse pubblico in relazione al contesto entro cui opera l'attribuzione del potere, vedi C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1998, 130; ricostruisce la parabola (involutiva) della qualificazione legislativa dell'interesse prevalente identificato dalla norma attribui-

sempre più delicate e complesse<sup>4</sup>, sia in ragione dello sfumare dell'interesse primario previsto dalla norma<sup>5</sup>, sia in ragione dell'affermarsi<sup>6</sup> di nuovi strumenti

---

tiva del potere e il progressivo depotenziamento della primazia legislativa nella suddetta selezione, S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, 2018, 9-10 e s.

<sup>4</sup> Pur limitandosi ad un breve cenno, merita ricordare come la decisione pubblica maturi sempre più spesso nell'ambito di valutazioni supportate dalla tecnica, dalla tecnologia e dalla scienza: ciò arriva ad invertire il rapporto fra tali indicazioni e la scelta amministrativa finale; la crescente complessità delle vicende socio-economico-sanitarie e la progressiva incapacità decisionale dell'amministrazione di giungere ad una scelta maturata all'interno del perimetro organizzativo che ne connota la funzione, ha trasformato il supporto scientifico ed il supporto tecnico e tecnologico, da strumenti di ausilio della ponderazione degli interessi riservata all'amministrazione a componenti attivi di una decisione ad essi affidata o da essi orientata. Senza pretesa di esaustività e mantenendo distinte le questioni, sul tema del rapporto fra tecnica ed amministrazione, vedi W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 327 e, sotto diversa prospettiva, per l'ingresso di elementi scientifici come compartecipi o costitutivi delle scelte amministrative, F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi*, 20, 2021, 126 ed ivi per ulteriori riferimenti dottrinari sul tema. Un diverso fenomeno è poi quello dell'impiego, nel processo decisionale, di strumenti tecnologici cui affidare (o su cui fondare) segmenti della decisione amministrativa: si è al riguardo ipotizzato, con riguardo alle decisioni automatizzate o robotizzate, una nuova forma di legalità, cosiddetta algoritmica, della quale si sono indagati presupposti e conseguenze sul piano della tutelabilità, vedi A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della legalità algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2019, 1149 ed E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, 273.

<sup>5</sup> In particolare, sull'ampiezza del compito ponderativo dell'amministrazione e sulla progressiva difficoltà di affinare l'interesse pubblico astratto individuato dalla norma in rapporto all'interesse pubblico concreto emerso dall'istruttoria procedimentale, anche in rapporto ai diversi interessi tutelati dall'ordinamento e meritevoli di valutazione, vedi M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 95; la difficoltà di finalizzare, in concreto, la scelta pubblica in relazione all'interesse astratto normativamente previsto, si arricchisce di ulteriori elementi problematici in relazione alla progressiva emersione di valori costituzionali che contribuiscono a costruire nuovi obblighi di azione per la pubblica amministrazione e che rendono faticosa l'elaborazione della regola del caso concreto: un rischio che impatta sia sull'ampiezza della discrezionalità della p.a., sia sulla profondità del sindacato del giudice amministrativo, su cui vedi, per i diversi profili evocati, G. D. FALCON, *Il diritto amministrativo e i principi*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2016, 191 e A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche*, a cura di S. TORRICELLI, cit., 41.

<sup>6</sup> Che si tratti di un perfezionamento e non di una assoluta novità è in parte comprovato dall'esistenza di (per il vero antesignani) studi sull'informatizzazione dell'amministrazione e sull'impatto dei sistemi informatici sulla decisione pubblica contemporanei all'ingresso della legge sul procedimento amministrativo, vedi A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993; tuttavia il ritardo con cui l'idea dell'impiego di strumenti informatici non soltanto per supportare la decisione amministrativa, ma vieppiù per orientarla, è penetrata nell'ordinamento italiano non impedisce di ricordare che la questione ha radici antiche, già presenti ed indagate nell'ordinamento tedesco dalla metà degli anni '50 del secolo scorso, cfr., fra alcuni dei molti studi, K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Heidelberg, Müller, 1959, 18; H.P. BULL, *Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung*

non giuridici (ma giuridicizzabili)<sup>7</sup> a supporto della scelta condotta o a determinazione della scelta condotta<sup>8</sup>.

Sotto il secondo profilo è utile precisare, poi, come la modifica degli elementi che compongono il processo decisionale pubblico non abbia alleggerito le ricadute misurabili, sul piano interno all'amministrazione decidente, in termini di effetti a quest'ultima imputabili in rapporto alla complessa rete di responsabilità pubbliche tracciate dal legislatore<sup>9</sup>.

Proprio in relazione a quanto appena affermato diviene interessante soffermarci sugli effetti generati, in termini di proiezione del rischio, dal possibile intervento degli strumenti giuridici di verifica della crescente e multifunzionale responsabilizzazione dei decisori pubblici<sup>10</sup>, chiamati a misurarsi con realtà articolate e con principi dai confini giuridici sfumati<sup>11</sup>.

---

*der Verwaltung*, II ed., Hamm, Grote, 1964, 67; S. SIMTIS, *Automation in der Rechtsordnung, Möglichkeiten und Grenzen*, Heidelberg, Müller, 1967, 23: di recente la questione è stata ulteriormente approfondita da E. BUOSO, *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in *P.A.*, 1, 2021, 495.

<sup>7</sup> In particolare si veda, per la costruzione di una legittimazione costituzionale ai nuovi strumenti utilizzati nella decisione amministrativa, A. SIMONCINI, *Profili costituzionali*, cit. 1152 e ss.

<sup>8</sup> In tale prospettiva, dove l'elemento tecnologico incide nella decisione al punto da costituirne la trama portante, tanto da orientare *ab origine* il potere di decidere, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 273; su tali temi, di recente vedi anche M. TRESCA, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, e, con particolare riguardo alla difficile conciliazione tra potere discrezionale e intelligenza artificiale, M. SIMONCINI, *L'agire provvedimentoale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, entrambi in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, risp. 545 e 529.

<sup>9</sup> È sufficiente scorrere l'attuale versione della legge sul procedimento amministrativo per rilevare come l'incremento di nuovi compiti amministrativi responsabilizzanti, introdotti a seguito di numerose modifiche normative, abbia impattato direttamente sulla figura del responsabile del procedimento, avvicinandolo ad un ruolo di pre-decisore e così accentuandone i profili collegati alle connesse responsabilità decisionali; in merito, per ripercorrere tale evoluzione, si vedano G. CORSO, *Il responsabile del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, a cura di F. TRIMARCHI BANFI, Milano, 1990, 90; M. RENNA, M. SGROI, *Il responsabile del procedimento*, in *Legge 7 agosto 1990 e ordinamenti regionali*, a cura di G. PASTORI, Padova, 1995 e, in termini di confronto, con particolare riferimento a quegli studi che si soffermano sull'accentuazione della componente della responsabilizzazione nell'esercizio dei compiti pubblici assegnati a tale figura, M. IMMORDINO, M. C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2011, 434; A. MAVELLI, *La responsabilità per il procedimento tra organizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive del privato*, Roma, 2006 e S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento: evoluzione storica e prospettive della figura*, in G. PAGLIARI (a cura di), *Scritti in onore di F. Bassi*, Napoli, 2015, I, 300; da ultimo prospetta una ipotesi di responsabilità funzionale nella figura del responsabile del procedimento, R. URSI, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. amm.*, 2, 2021, che proprio in tale prospettiva analizza le conseguenze di tale responsabilità personalizzata.

<sup>10</sup> Per un approfondimento su questo specifico aspetto G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa come strumento di prevenzione, e contrasto, alla cattiva amministrazione: una "mitologia giuridica" da decostruire alla luce dei dati quantitativi di riferimento*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti del Convegno preliminare AIPDA tenutosi nell'Università degli Studi di Bergamo il 7 giugno 2016*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Torino, 2016, 47.

<sup>11</sup> Per la prospettiva da ultimo evocata, con particolare riferimento al diverso atteggiarsi

In particolare si tratta di indagare se e come l'amministrazione oggi, nel valutare, *ex ante*, le possibili ricadute dei propri processi decisionali, misurabili, in modo diretto o indiretto, sotto il profilo dell'impatto economico sul piano delle pubbliche risorse<sup>12</sup>, abbia aggiunto uno specifico ed ulteriore elemento di ponderazione, cui attribuisce un rilievo primario: il rischio (delle conseguenze) della scelta.

L'aggiunta di tale ulteriore elemento di ponderazione, destinato a rilevare nella decisione finale da adottare, non è qualcosa di nuovo<sup>13</sup>.

È, piuttosto, il risultato della trasformazione di un elemento di valutazione materiale già presente in passato – seppur precedentemente collocato dall'amministrazione su un piano di rilevanza fattuale in concorso con gli altri elementi a rilievo giuridico – in un distinto e separato fattore giuridico capace di orientare l'esito della decisione finale.

La ponderazione a fini giuridici del rischio connesso alle ricadute economiche, per l'amministrazione, scaturite dal contenuto della scelta pubblica di prossima adozione va, così, ad arricchire il quadro valutativo originario appena descritto, che rappresentava una invariante già di per sé complessa<sup>14</sup>.

Non si è mai dubitato che ogni scelta pubblica varata attivasse strumenti di

---

dell'amministrazione e del decisore politico nella scelta della migliore modalità di soddisfacimento di bisogni collettivi a crescente complessità, in un quadro di principi che pongono al centro valori come la precauzione, la prevenzione e la responsabilità etica, vedi L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018.

<sup>12</sup> La corrispondenza fra l'aumento dei compiti pubblici e l'incremento delle ipotesi di responsabilità pubblica comporta l'ingresso di profili nuovi, nella valutazione dell'impatto delle decisioni da adottare sulle risorse finanziarie generali, che l'amministrazione competente è chiamata a condurre; in particolare, dopo la legge 11 settembre 2020, n. 120, tale valutazione si arricchisce di un significato cogente e di accresciuti elementi di responsabilizzazione pubblica in relazione alla corretta gestione di quelle specifiche risorse destinate agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale, laddove si prevede, ai sensi dell'art. 22, che "la Corte dei conti, anche a richiesta del Governo o delle competenti Commissioni parlamentari, svolge il controllo concomitante di cui all'articolo 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale" e, soprattutto, che "l'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili, è immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale".

<sup>13</sup> Se, tuttavia, non è nuovo il fenomeno, è invece nuova l'attenzione con cui la dottrina ne indaga i molteplici effetti, avendo riguardo ai differenti ambiti in cui essi possono attivare conseguenze giuridiche di non poco momento: per un approfondimento specifico al tema, riletto nella sua complessità, vedi *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2021 ed ivi i contributi dei molti A.

<sup>14</sup> Ai singoli fattori di complessità decisionale dapprima indicati si aggiunge, infine, un ulteriore elemento valutativo che si pone come presupposto generico per ogni tipo di scelta pubblica, che, come osservato in dottrina, può rappresentare o un ausilio strumentale allo sviluppo decisionale, così R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. e soc.*, 4, 2017, 647, oppure un nuovo modello di composizione della decisione pubblica, F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

controllo ed innesca possibili meccanismi di responsabilità amministrativa, pertanto la pubblica amministrazione è sempre stata pienamente consapevole della rilevanza giuridica del possibile nocimento arrecato all'interesse finanziario dell'ente dall'illecito o non corretto<sup>15</sup> esercizio dei compiti pubblici connessi all'esercizio della funzione amministrativa.

Ciò che invece oggi pare aver subito un processo di metamorfosi è identificabile con il diverso modo di pesare, all'esito della decisione finale, la proiezione sul piano giuridico delle ipotizzate conseguenze economiche generate dall'assetto definito al termine del processo decisionale in corso.

L'approdo di tale mutazione consiste, come premesso, nell'aver voluto dare una consistenza giuridica puntuale ad un ipotetico rischio immaginato con riguardo alla proiezione delle (possibili) conseguenze scaturite dalla generazione degli effetti collegati all'oggetto della scelta maturata.

L'amministrazione si prefigura, quindi, un possibile scenario di impatto della decisione che rappresenta il frutto dell'esercizio del proprio doveroso potere<sup>16</sup> e trasforma questa proiezione in un elemento di valutazione da bilanciare con gli altri<sup>17</sup>.

Il problema sorge quando tale elemento di valutazione, da mero parametro comparativo-orientativo della scelta discrezionale<sup>18</sup>, si trasforma in elemento trascinate della scelta finale, acquisendo un ruolo determinante nella creazione della regola del caso.

Quando la auto-valutazione anticipata delle (ipotizzate) conseguenze di future scelte amministrative da adottare (o da non adottare) sconfinava oltre la naturale ponderazione dei differenti interessi in gioco, si apre la strada a quella che la dottrina amministrativistica, su mutazione di una felice formula coniata in ambito medico, ha definito come "amministrazione difensiva"<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Il parametro evocato impone di ampliare la valutazione dell'attività amministrativa anche in rapporto al rispetto di ulteriori parametri di legalità definiti da nuovi regolatori del potere pubblico, investiti dal legislatore mediante strategie differenti, per rispondere ad esigenze differenti (volte, ad esempio, ad intercettare interessi alla legalità che si sviluppano intorno a fenomeni di maladministration), vedi, per questa prospettiva S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento*, in P. A., 2018, 59; e più in generale su questi temi, AA. VV., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del convegno annuale*, Roma 7-8 ottobre 2016, Napoli, 2017.

<sup>16</sup> La doverosità del potere non incide sul contenuto della scelta, che può, nel merito, tradursi in un provvedimento positivo o negativo per il privato destinatario dell'azione amministrativa; può però costituire, a sua volta, un elemento autonomo da valutare, atteso che la pubblica amministrazione potrebbe anche decidere di non decidere, ritenendo minore l'impatto "dell'opzione zero" rispetto all'ipotesi decisionale piena.

<sup>17</sup> Ciò secondo il noto insegnamento gianniniano per il quale il potere di scelta presuppone una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati fra loro concorrenti e da soddisfare in rapporto al valore che "l'autorità ritiene abbia", cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 72 e ss.

<sup>18</sup> In modo critico, evidenzia i mobili confini della discrezionalità in rapporto al depotenziamento del principio di legalità F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011.

<sup>19</sup> Efficacemente, sul punto, vedi G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli ammi-*

A confermare l'esistenza di un generalizzato "timore del decidere" milita la costante crescita del mercato di polizze assicurative stipulate dai dipendenti pubblici<sup>20</sup> di ogni amministrazione ed in modo trasversale<sup>21</sup>.

La formula "amministrazione difensiva", ben analizzata da alcuni recenti studi che si sono dovuti cimentare nel non semplice compito di tradurre in termini giuridici un fenomeno psicologico dai confini incerti e dalle conseguenze spesso sottovalutate<sup>22</sup>, racchiude una pluralità di significati.

Per maggiore praticità, essa può qui essere efficacemente rappresentata facendo leva sull'aspetto più recondito e problematico del suo profilo negativo, il quale mette in luce la possibile distorsione delle scelte pubbliche in conseguenza della proiezione di future (ed incerte) forme responsabilità per l'agire pubblico<sup>23</sup>.

---

*nistratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2020, qui 117-118, che, traslando sul piano dell'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione la originaria logica dell'aggettivazione della scienza medica in termini di attività difensiva, giunge a raffigurare la burocrazia difensiva come "il calcolo della scelta che minimizza il rapporto "rischio-decisione amministrativa"; ciò in un contesto in cui "l'attenzione al calcolo dei rischi derivanti da ciascuna delle plurime scelte amministrative" affidate alle singole competenze pubbliche è massimo e finisce con il divenire l'unico parametro della scelta finale.

<sup>20</sup> Va ricordato, però, che, secondo quanto espressamente disposto dall'art. 3, comma 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, il premio assicurativo che pone al riparo dal rischio di danno erariale, è corrisposto per intero dal funzionario/dipendente assicurato e non può essere posto a carico dell'ente pubblico, al quale è fatto divieto, a pena di nullità, di sottoscrivere contratti assicurativi per i propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile.

<sup>21</sup> Colpisce, infatti, che a stipulare polizze assicurative non siano più soltanto funzionari nella posizione apicale e chiamati ad operare nell'ambito di alcune aree amministrative dove massime sono le responsabilità correlate alla tipologia di mansioni esercitate, bensì ogni funzionario e dipendente che, a prescindere dal ruolo ricoperto e dalla mansione esercitata, percepisce un elevato tasso di rischio nello svolgimento delle "normali" attività amministrative; a conferma di quanto affermato si può osservare come la crescita del mercato assicurativo delle attività pubbliche si sviluppi in modo rilevante proprio nell'ambito delle autonomie locali e fra quelle attività dove la necessità di svolgere compiti a contenuto tecnico è percepita come fattore moltiplicatore del rischio dell'impatto della decisione adottata, vedi ampiamente V. ITALIA, *La responsabilità amministrativa nell'Ente locale*, Milano, 2020, ma anche già S. LAZZINI, *I nuovi bisogni assicurativi nelle attività tecniche*, Rimini, 2013.

<sup>22</sup> Al contrario, per una lettura che non si limiti a stigmatizzare la fenomenologia esistente in relazione agli effetti generati dalla "cattiva cultura dell'amministrazione" su un piano economico di più ampia dimensione (per contesto e per incisività delle conseguenze), ma che ne ripercorra le cause in cerca di possibili soluzioni future praticabili, vedi M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187.

<sup>23</sup> Secondo S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del Convegno annuale* (Roma, 7-8 ottobre 2016), Napoli, 2017, 353 fra le cause della cattiva amministrazione, esaminata su un piano morfologico, vanno annoverati i "vincoli di fonte giudiziaria, che producono meno risultati concreti e più sconcerto", restituendoci un'amministrazione "terrorizzata": l'immediatezza dell'immagine descrittiva del fenomeno è evocativa della relativa gravità.

L'approdo terminale della anticipazione di tale suddetto rischio si articola in una duplice manifestazione ad intensità degradante: a decrescere, si può assistere ad una "paralisi del fare", oppure all'adozione di una scelta amministrativa differente da quella astrattamente attesa ed auspicata.

Da un lato, quindi, si ha un imponente rallentamento decisionale che può arrivare fino all'assenza di decisione, dall'altro si ha una distrazione della decisione verso finalità più individualistiche che pongano il decisore pubblico al riparo da eventuali disutilità derivanti dall'attivazione di meccanismi di responsabilità e controlli.

Entrambe le ipotesi sono la spia di un malfunzionamento della macchina amministrativa e sono foriere di conseguenze destinate a ricadere sull'intera collettività, in termini di costo sociale in rapporto all'interesse pubblico<sup>24</sup>.

La cosiddetta "paura della firma" non va poi confusa con la naturale cautela che assiste il decisore pubblico nella elaborazione di scelte ontologicamente complesse, ad elevata difficoltà (anche) tecnica e dall'esito incerto: una cosa, infatti, è l'esistenza (ineliminabile) di un rischio oggettivo (anche di perdite economiche per l'amministrazione di appartenenza) connaturato al grado di specialità /delicatezza richiesto per la predeterminazione di determinate scelte amministrative che presuppongono adeguate professionalità pubbliche<sup>25</sup>; altra cosa è il suo riflesso in termini di percezione soggettiva da parte del decisore pubblico, specialmente allorché il diffuso disallineamento fra competenze disponibili e professionalità richieste dai modelli economici e produttivi adottati al livello nazionale, impegna i decisori finali in una sfida impari<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Su questo aspetto si veda C. E. GALLO, *Le conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione*, in *Annuario AIPDA 2016*, cit., 143, che richiama ad un corretto funzionamento del criterio di "socializzazione del danno" per scongiurare che il moltiplicarsi di forme di responsabilità sanzionatorie aggiuntive alla responsabilità amministrativa "ordinaria", generi l'effetto di esporre l'amministrazione al rischio di una "responsabilità continuativa e senza limiti".

<sup>25</sup> A tale grado di elevata specializzazione della scelta amministrativa, generalmente si associa (o dovrebbe associarsi) l'elevata professionalizzazione richiesta in capo al funzionario chiamato ad adottare quella scelta; sul tema, non nuovo, vedi già S. CASSESE, *A che serve la formazione dei dipendenti pubblici?*, in *Pol. dir.*, 1989, 432; oggi, in una prospettiva attualizzata, ma sempre in termini critici, con particolare riferimento a L. SALTARI, *La formazione e la selezione dei dirigenti pubblici nell'ordinamento statale, negli ordinamenti regionali e negli altri Stati*, in *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, a cura di B. G. MATTARELLA, Roma, Edizioni SSPA, 2010.

<sup>26</sup> Il tema è centrale anche nell'ambito delle nuove prospettive di riforma della p.a. varate con il secondo PNRR approvato dal Governo Draghi: indispensabile per riacquistare "la capacità di implementare investimenti pubblici e privati" e per "fornire strutturalmente beni e servizi pubblici adeguati alle esigenze di cittadini e imprese", oltre che per "realizzare in maniera efficace ed efficiente i progetti di riforma e di investimento previsti dal Piano", diviene agire dall'interno e dall'esterno, risolvendo il vuoto creato dal mancato ricambio generazionale e colmando il gap della inappropriata competenza, atteso che soltanto una "capacità amministrativa stabile e strutturata" può assicurare la ripresa economica del sistema-Paese. Adeguamento delle competenze, percorsi di selezione delle persone che consentano di reclutare le migliori professionalità, formazione del personale per mantenere elevati standard di qualità costituiscono le leve di forza dell'intero disegno riformatore.

Sotto un diverso aspetto, infine, il progressivo potenziamento del ruolo di (pre) decisore del responsabile del procedimento<sup>27</sup>, se, da un lato, ne esalta la dimensione costruttiva nei confronti della decisione finale<sup>28</sup>, dall'altro disvela una forma di responsabilità funzionale connessa alla soggettivizzazione della figura, con ciò implementando la personalizzazione della decisione a scapito di possibili forme di de-responsabilizzazione mediante il ricorso a coperture organizzative<sup>29</sup>.

Pertanto, pur essendo sempre in presenza di un generale rischio connaturato all'esercizio di qualunque attività amministrativa volta alla costruzione di una decisione amministrativa<sup>30</sup> la quale, a gradazione differenziata, innesca precisi percorsi di responsabilità pubbliche<sup>31</sup>, investendo la Corte dei conti della funzione giurisdizionale a tutela delle risorse erariali<sup>32</sup>, non è sempre semplice misurare ed isolare la quota di rischio "reale" da quella di rischio "percepito"<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Si veda, in tale direzione, R. URSI, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, cit., qui 392 e s., del quale si condividono le conclusioni raggiunte, anche in relazione ai profili qui rilevanti per la prospettiva analizzata: in tale senso si propende per la valorizzazione del ruolo del responsabile del procedimento sia come figura di coordinamento organizzativo che, soprattutto, come costruttore del nucleo essenziale della decisione e attualizzatore dell'interesse pubblico dell'amministrazione procedente all'esito della ponderazione della pluralità degli interessi confliggenti.

<sup>28</sup> In tale senso, come già osservato, anteriormente alle recenti modifiche della figura del responsabile del procedimento ad opera delle ultime novelle, da A. TRAVI nella *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *L'attuazione della legge n. 241/1990*, Atti del convegno di Macerata, 21-22 giugno 1996, Milano, 1997, 69, la correlazione fra responsabilità dell'istruttoria e contenuto del provvedimento finale costituisce un nesso connaturato all'idea che presiede alla stessa figura del responsabile.

<sup>29</sup> Sulle criticità connesse alla de-responsabilizzazione della figura del responsabile del procedimento in conseguenza della mancanza di una adeguata responsabilità funzionale che leghi l'organizzazione alla fase applicativa del procedimento, A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e problemi*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677.

<sup>30</sup> Il punto, ma in relazione alla prospettiva prescelta dall'A., è approfondito da M. CAFAGNO, *La stima di perdite e vantaggi occorrente all'accertamento del danno erariale tra atto ed attività*, in *Giust. Amm.*, 2012, 9.

<sup>31</sup> Sul tema, ampiamente S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2015, 53.

<sup>32</sup> Per una rilettura attualizzata, ma sempre necessaria, della Corte dei conti come giudice speciale funzionalizzato alla tutela delle risorse pubbliche, M. ANDREIS, *La giurisdizione contabile nella prospettiva storica: tra controllo e tutela*, in *Cattiva amministrazione*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 9.

<sup>33</sup> Tale prospettiva è quella prescelta da G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, nella puntuale indagine casistica condotta per analizzare lo squilibrato rapporto, nell'agire pubblico, fra la misura del rischio reale occorso, che deriva da fattispecie di responsabilità amministrativa concretamente accertabili (e accertate) in sede giuscontabile con le modalità proprie di questo giudice, e la misura del rischio percepito, che deriva dalla proiezione, non sempre corretta, delle suddette responsabilità per come l'agente pubblico se le rappresenta; una conferma di quanto rilevato è rinvenibile anche dalla differenza fra il numero di indagini avviate dalle Procure regionali ed il minor numero dei rinvii a giudizio del giudice contabile, cui corrisponde un numero ancora decrescente di pronunce di condanna, per un ammontare complessivo di somme da versare a titolo risarcitorio ulteriormente decurtato per effetto del potere riduttivo del giudice contabile e per la *compensatio lucri cum damno*.

In altri termini: il disallineamento fra l'effettivo rischio di rispondere del proprio operato – a titolo di responsabilità amministrativo-contabile – concretamente posto a carico di funzionari e dipendenti ed il timore, non realistico<sup>34</sup>, di dover rispondere dell'idea di un maggior rischio, si ripercuote in modo negativo e condizionante sull'esercizio dell'attività amministrativa, inducendo ad un agire pubblico cauto e fin troppo prudentiale.

## 2. *Lo spazio discrezionale come presupposto per la (possibile) decisione transattiva*

Tracciate tali premesse è possibile ricondurre il problema del corretto inquadramento della “amministrazione difensiva” ad una maggiore nitidezza: se per un numero sempre crescente di scelte amministrative, non sempre caratterizzate da elevato tasso di complessità ponderativa<sup>35</sup>, la percezione di un timore decisionale diventa una componente stabile del processo decisorio, l'agire amministrativo, già complicato, in negativo, dall'instabilità normativa, dall'incertezza degli effetti<sup>36</sup> e dai limiti all'esercizio delle funzioni<sup>37</sup>, ne risulterà inevitabilmente influenzato.

Lo sforzo maggiore diviene, allora, quello di riportare il fenomeno descritto entro confini giuridici adeguati.

La corretta trasposizione giuridica di tale atteggiamento psicologico ha spinto ad interrogarsi sulla delimitazione del concetto di “amministrazione difensiva” attraverso la enucleazione di specifiche fattispecie in cui si inverte; ad isolare le

<sup>34</sup> Lo scarso realismo dell'ipotizzata funzione deterrente del giudice contabile induce parte della dottrina a rileggere la funzione preventiva del giudizio contabile attraverso la decostruzione di una “mitologia giuridica”, cfr. G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa come strumento di prevenzione, e contrasto, alla cattiva amministrazione: una “mitologia giuridica” da decostruire, alla luce dei dati quantitativi di riferimento*, in *Cattiva amministrazione*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 47.

<sup>35</sup> La compressione del tasso di discrezionalità delle scelte amministrative ha differenti matrici e può avvenire attraverso distinte tecniche; quanto all'ultimo aspetto, stando ad un recente distinguo operato dalla dottrina, la determinazione legislativa dello spazio decisorio dell'amministrazione è diversamente ripartita fra tecniche di attribuzione dirette o indirette, cfr. S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento*, in *P.A.*, 1, 2018, 59; quanto al primo profilo, non va dimenticata la centralità del diritto europeo, in grado, ad esempio, di condizionare le scelte di politica legislativa nazionali idonee a configurare ipotesi di decisione semplificata, laddove, per una maggiore garanzia di concretezza ed effettività del rispetto dei principi europei, sia ritenuto più opportuno richiedere un percorso procedimentale predisposto allo sviluppo della discrezionalità ponderativa, su tale punto, in particolare, G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 265, la cui analisi della ratio sottesa al problema prospettato rimane attuale anche a contesto normativo mutato.

<sup>36</sup> Per una lettura in chiave critica dell'attuale immagine della p.a., vedi *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Astrid*, n. 6/2021.

<sup>37</sup> Per una ricostruzione trasversale dei principali limiti al corretto svolgimento delle funzioni amministrative, *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. TORCHIA, Napoli, 2016.

cause che inducono una simile risposta amministrativa<sup>38</sup> e, infine, ad ipotizzare alcuni rimedi per arginarne le ricadute negative sull'interesse pubblico<sup>39</sup>.

Il quadro emerso è, nel complesso, piuttosto preoccupante.

Gli effetti generati, sull'intero processo decisionale amministrativo, dal legame fra percezione del rischio e conseguente mutamento delle scelte condotte in sede di esercizio dell'attività amministrativa, non sono di poco momento.

L'evidenza è piena in alcuni settori dell'agire pubblico nei quali più immediato è il legame con l'impiego di risorse pubbliche<sup>40</sup>, in considerazione del fatto che il destinatario dell'esercizio del potere pubblico è spesso un operatore economico che agisce sul mercato ed in regime di mercato (concorrenziale).

Tuttavia l'effetto non è meno impattante in altri settori nei quali più sfumata è l'entità del possibile danno erariale connesso alla responsabilità amministrativo-contabile esigibile per quell'attività decisionale, perchè l'impegno economico dell'amministrazione deriva da scelte spesso coperte da valutazioni di merito, quindi difficilmente sindacabili in sede giuscontabile<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> In realtà sembrerebbe più corretto parlare di "reazione amministrativa", riservando la escludendo che

<sup>39</sup> Il tema è ampiamente trattato da S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 293.

<sup>40</sup> Il punto è analizzato anche da M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 35, per il quale un antidoto alla "tossina dell'amministrazione difensiva" potrebbe essere proprio una lettura degli scopi delle norme orientata agli effetti, così da stimolare un'azione adeguata.

<sup>41</sup> All'art. 1, comma 1, legge 14 gennaio 1994, n. 20, si legge infatti che rimane esclusa dall'accertamento della personale responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti per fatti e omissioni commessi con dolo o con colpa grave, l'indagine nel merito delle scelte discrezionali, che si profilano sempre insindacabili: tale previsione è stata introdotta nell'ottica di evitare che il magistrato, attraverso il sindacato delle scelte discrezionali, realizzi una valutazione nel merito e si trasformi in amministratore, travalicando così lo spazio di azione definibile come riserva di amministrazione (Atti seduta della Camera dei Deputati 18 dicembre 1996, n. 109, nonché Corte dei conti, Sez. I d'App., sent. n. 292, del 23 settembre 2005, Cass. Sez. Un. 29 gennaio 2001, n. 33); precisa ulteriormente la giurisprudenza contabile, che "l'agire libero degli amministratori e dipendenti pubblici entro gli spazi normativamente assentiti, si traduce in una condotta giuridicamente consentita, perciò in un requisito positivo del comportamento, finalizzato a tradurre una scelta, tra più opzioni di merito tutte ugualmente lecite e legittime, in un provvedimento decisorio destinato all'attuazione di un determinato fine di pubblico interesse, rispondente alla causa del potere esercitato", Corte conti, I centr. App., 29 marzo, 2019, n. 61. Per circoscrivere la portata preclusiva di tali limiti entro lo stretto necessario, la giurisprudenza ha costantemente precisato che "La disposizione circa l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non preclude, nel giudizio contabile, la valutazione delle scelte discrezionali che, eccedendo i limiti della ragionevolezza, sconfinano nell'arbitrio e siano perciò viziate da illegittimità per eccesso di potere, è consentita la piena sindacabilità delle scelte discrezionali quando si sia agito in contrasto con prescrizioni dell'ordinamento disattendendo in modo palese canoni di razionalità e di adeguatezza funzionale; l'oggetto del giudizio può riguardare la razionalità e congruità dell'azione amministrativa nonché il corretto perseguimento dell'interesse pubblico" (*ex multis*, C. conti, sez. giur. Abruzzo, 7 gennaio 2004, n. 1; C. conti, sez. II giur. centr. app., 19 novembre 2003, n. 320/A).

Al riguardo, poi, mentre nel primo caso, anche in ragione della rilevanza del fenomeno sull'assetto economico del nostro Paese<sup>42</sup>, l'attenzione del legislatore è stata massima e si è cercato, con interventi continui, di arginare, in via preventiva, il rischio della burocrazia difensiva ora riducendo la portata della responsabilità amministrativa attraverso la contrazione dell'ampiezza della discrezionalità<sup>43</sup> ora introducendo forme tipizzate di responsabilità sanzionatoria<sup>44</sup>, nel secondo caso, al contrario, la gestione legislativa dell'impatto della burocrazia difensiva è stato sottovalutato o non adeguatamente delimitato.

Ciò anche in ragione della minore frequenza con cui l'amministrazione compie questo tipo di scelte amministrative caratterizzate da una certa sporadicità in ragione della peculiarità del contenuto.

Ad una minore frequenza non sarebbe però corretto far corrispondere una incidenza più sfumata dei possibili effetti di una amministrazione che abbia agito "in modalità difensiva", condizionata dal timore che dal proprio operato possano derivare conseguenze pregiudizievoli indagate dalla Corte dei conti.

Così è senza dubbio accaduto in tutti quei casi in cui la scelta amministrativa, maturata in un tale contesto di timore per le conseguenze giuscontabili, abbia avuto ad oggetto la decisione in ordine all'impiego di strumenti per giungere ad una soluzione consensuale del conflitto amministrativo in essere o ipotizzato nel futuro imminente.

In particolare, l'attenzione si rivolge a quelle decisioni pubbliche che hanno indotto l'amministrazione a concludere accordi transattivi con i privati, per porre fine o evitare, mediante reciproche concessioni che soddisfino vicendevoli bisogni ed interessi, un contenzioso giurisdizionale in ordine ad una questione controversa.

---

<sup>42</sup> L'indissolubile legame fra funzionamento dell'apparato amministrativo, dinamiche dell'attività amministrativa e grado di sviluppo economico è da anni al centro del dibattito dottrinario, rappresentando, ex post, il miglior indicatore per la valutazione degli effetti delle riforme pubbliche realizzate, ex ante, la miglior spinta verso la costruzione ragionata di riforme utili; di recente, sul punto e da differenti prospettive, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2020, 159; L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in G. DELLA TORRE, *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Atti del 64° Convegno di Studi Amministrativi su *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, Milano, 2019, 141.

<sup>43</sup> La innegabile connessione fra riduzione del tasso di discrezionalità e decrescita della responsabilità innesca, però, perniciose conseguenze in termini di inefficacia amministrativa, che diventa l'elemento disfunzionale da parametrare alle conseguenze del possibile danno erariale, secondo quanto evidenziato da S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 312.

<sup>44</sup> Sul tema della responsabilità sanzionatoria in capo al giudice contabile si vedano S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, A. DI SCIASCIO, Napoli, 2016, 99 e M. OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Il dir. econ.*, 3, 2017, 919.

La preferenza per tale ambito d'indagine non è casuale: la decisione amministrativa di impiegare strumenti di risoluzione alternativa delle controversie che impegnano immediatamente risorse pubbliche a questo scopo, investe l'amministrazione dell'obbligo di operare valutazioni ad alto tasso di discrezionalità, nelle quali le ragioni che conducono all'approdo finale assumono contenuti variabili e modulabili anche in base alla ponderazione di possibili rischi futuri di incorrere in giudizi di responsabilità.

La prospettiva privilegiata si propone di valutare, previa verifica dell'esistenza del fenomeno tracciato, peso ed effetti della componente cautelativa – maturata in ragione di una proiezione anticipata del rischio di responsabilità futura – sull'impiego di accordi transattivi pubblici, quali strumento di risoluzione consensuale della conflittualità amministrativa.

Tale aspetto poco indagato della “burocrazia difensiva” se trascurato potrebbe porsi in contrapposizione con le nuove linee guida dettate dal PNRR in tema di rinnovamento del sistema di giustizia<sup>45</sup>, costituendo un freno allo sviluppo di obiettivi che mirano ad incentivare e potenziare l'impiego di quelle forme alternative al ricorso alla funzione giurisdizionale in caso di res controversa che vede coinvolta una pubblica amministrazione nell'esercizio di una funzione istituzionale mai depotenziata.

Questo assume un significato ancora più pregnante in un momento in cui all'attenzione alla contrazione dei costi per l'organizzazione ed il funzionamento delle strutture giurisdizionali, già incrementato per garantire lo svolgimento dei compiti istituzionali in sicurezza, si unisce un sempre maggiore bisogno di una tutela effettiva, differenziata ed efficace.

### 3. *La decisione pubblica di transigere*

Per procedere nella direzione di indagine tracciata due precisazioni appaiono opportune.

La prima è di ordine metodologico; la seconda di ordine sistematico.

Quanto al metodo, l'impostazione del tema prescelto rende necessario, sul piano formale, circoscrivere l'interesse a quei rimedi alternativi alla giurisdizione esterni al

---

<sup>45</sup> Il riferimento è alle cosiddette “Riforme orizzontali” di cui al punto 2 del PNRR, che investono trasversalmente pubblica amministrazione e giustizia; per il vero, la centralità di questo asse di riforma emerge solo in parte dalle indicazioni racchiuse nel documento nazionale, che costituisce il punto terminale di un intenso iter interlocutorio avviato fra la Commissione europea ed il nostro Governo (Ministero dell'Economia) proprio con specifico riferimento alla riforma della giustizia, in vista di obiettivi “più sfidanti” di quelli proposti in ipotesi, il punto è messo in luce da L. CASINI, nella propria *Relazione* rinvenibile in Atti del Convegno AIPDA *Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, disponibile sul sito AIPDA.

procedimento e, fra essi, a quei rimedi nei quali la soluzione al conflitto amministrativo (potenziale o reale) è formalizzata con un negozio giuridico i cui tratti essenziali sono già noti al legislatore<sup>46</sup>, che caratterizza questo rapporto negoziale affidando il nuovo equilibrio fra le posizioni delle parti confliggenti alla volontà delle medesime ed a ciò che esse ritengono soddisfacente in relazione alle contestazioni insorte.

Esulano dall'indagine, quindi, sia le modalità consensuali di determinazione dell'assetto degli interessi convergenti ma confliggenti nell'ambito del procedimento<sup>47</sup>, sia i differenti strumenti extragiudiziali alternativi al giudice a cui le parti in via (non sempre)<sup>48</sup> convenzionale affidano la composizione della lite, mediante il deferimento ad un soggetto terzo della funzione di dirimere il conflitto, che elabora la soluzione in rapporto alle posizioni giuridiche coinvolte nella lite e mediante specifiche regole di diritto<sup>49</sup>.

Quanto alle prime, perchè la sede procedimentale, in quanto naturale sede giuridica di manifestazione delle relazioni fra posizioni soggettive contrapposte (anche di terzi)<sup>50</sup>, costituisce sempre un terreno dialettico, ma ciò non implica assegnare in automatico la qualificazione giuridica del conflitto alla dialettica in essere<sup>51</sup>; il proce-

---

<sup>46</sup> Per una originale costruzione della disciplina applicabile al negozio transattivo amministrativo, che muove da una rilettura critica delle categorie ordinarie e da una nuova impostazione della fattispecie come operazione transattiva di determinazione della formazione del consenso delle parti in ordine alla composizione della controversia, A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Torino, 2020.

<sup>47</sup> Si esclude, quindi, che possano essere esaminati, sotto questa prospettiva, gli strumenti della consensualità amministrativa o gli strumenti per il coordinamento dell'attività amministrativa, giungendo ad estromettere anche gli accordi di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto ritenuti non causalmente fondati sulla res controversa e sulla necessità di comporre il conflitto. Per una analisi delle ADR pubblicistiche impostata proprio da tale distinzione, F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2007.

<sup>48</sup> Occorre ricordare, infatti, che in molti casi è la stessa legge ad imporre, al momento dell'insorgenza della lite, una via stragiudiziale tipica, anche ai fini dell'accesso alla tutela per la soluzione della situazione controversa, come accade per mercati liberalizzati affidati alla regolazione delle autorità indipendenti, sul punto vedi S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013; a diverse conclusioni non si giunge neppure quando il vincolo legislativo cade sulla connotazione dello strumento alternativo al giudice cui ricorrere per la composizione del conflitto nella specificità del contesto di riferimento, in tema vedi M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2019, 389 e B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 423.

<sup>49</sup> La differenziazione è ripresa dalla partizione sistematica operata nell'ambito processualcivile dalla migliore dottrina, cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019.

<sup>50</sup> Sul tema per un inquadramento generale, cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016; più di recente, per una rilettura della partecipazione alla luce della modalità decisoria finale, L. TORCHIA, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in *Astrid, Rassegna*, 1, 2019.

<sup>51</sup> Tale precisazione diviene di particolare utilità in un momento in cui le aperture partecipative hanno trasformato lo stesso procedimento amministrativo, in termini fra i molti, V. MOLASCHI, *Arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli 2018; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.

dimento, al massimo, può divenire il presupposto per l'insorgenza della eventuale situazione di conflitto.

Quanto ai secondi, perchè difetta, nella fattispecie indicata, l'autonomia decisionale delle parti in contesa che mantengono integra, nella transazione, la volontà di costituire, mediante il confronto reciproco finalizzato a vicendevoli concessioni e previa estinzione del conflitto, un assetto in grado di modificare la realtà su cui inciderà.

Sul piano sostanziale lo strumento transattivo ben si presta a costituire un valido terreno di analisi per l'insorgenza di possibili manifestazioni di un'amministrazione che agisce in forma difensiva e per la valutazione dell'impatto che da esse è generato.

E ciò in conseguenza del configurarsi di possibili ipotesi di responsabilità amministrativa connesse alla scelta di transigere la lite condotta dal decisore amministrativo ed alle ricadute economiche che sono derivate per l'amministrazione a seguito della generazione degli effetti dell'assetto convenuto in fase transattiva.

Se concentriamo l'obiettivo sulla pubblica amministrazione, l'idea di fondo che possa esistere un condizionamento amministrativo fra la scelta del "se", del "come" e del "quomodo" comporre un conflitto mediante lo strumento transattivo è giustificata da almeno due ragioni.

La prima è legata al cennato elemento ponderativo che connota sia la specifica scelta, fra tutte le soluzioni praticabili per la composizione della lite, di risolvere il conflitto attraverso questa peculiare via stragiudiziale; sia la discrezionalità usata dall'amministrazione nella definizione dei presupposti e dei contenuti di un accordo transattivo che deve rispondere sempre a logiche di funzionalizzazione.

In questa direzione ben si presta il fenomeno transattivo ad essere analizzato in termini di "operazione transattiva" comprensiva "dell'attività che determina la formazione del consenso delle parti in ordine alla composizione della controversia"<sup>52</sup>, dal momento che l'accordo finale che riceve esplicita disciplina normativa non può essere l'unico momento ad essere riletto col filtro giuridico.

La seconda, strettamente correlata ad essa, origina dalla considerazione che sia proprio l'esistenza del suddetto spazio decisionale a costituire il presupposto necessario per il possibile (auto)condizionamento dell'amministrazione che valuta (o esclude) la possibilità di approcciarsi ad una soluzione transattiva.

In altri termini, sembra ravvisarsi un parallelismo necessario fra la scelta amministrativa di un possibile utilizzo dello strumento transattivo e l'ampiezza della discrezionalità spettante all'amministrazione che, proprio nello spazio ponderativo di cui dispone, matura la decisione di risolvere un conflitto reale o

---

<sup>52</sup> L'espressione è mutuata, anche con riferimento al significato giuridico che assume in questo contesto derivato, da A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 24, del quale si condivide l'idea che acquisisca un autonomo rilievo giuridico l'attività di predisposizione alla formazione del consenso delle parti verso la composizione del conflitto che sfocia nel contratto transattivo.

potenziale mediante un percorso non giurisdizionale, ma, comunque formalizzato.

La valutazione prognostica delle conseguenze generate – sotto il profilo delle responsabilità pubbliche per danno erariale – dall'accordo transattivo eventualmente siglato, può svilupparsi con maggiore intensità laddove sussistano differenti elementi idonei a supportare la determinazione del consenso pubblico (ritenuto possibile oppure no).

In particolare, l'attività prodromica al negozio transattivo costituisce, per l'amministrazione, il luogo di analisi dei rischi (reali o percepiti) di ricadute, sull'onere finanziario derivato per l'ente pubblico, degli effetti della successiva transazione.

Tale filtro prodromico, se “inquinato” da timori e “paure del fare”, si presta ad influenzare la scelta ed il futuro contenuto della eventuale decisione di transigere.

La soluzione proposta appare particolarmente meritevole di attenzione perchè offre il vantaggio di cogliere il fenomeno transattivo nella sua completezza, mettendo in autonomo rilievo proprio la fase prodromica alla scelta di comporre la lite stragiudizialmente mediante un accordo negoziale atto a definire assetti futuri fra le parti in conflitto.

Sull'attività di maturazione del consenso si innerva il peso di una futura rilettura dell'operato in termini di responsabilità amministrativa.

Diviene pertanto ovvio immaginare che le valutazioni maturate nel contesto preparatorio alla scelta di transigere si riverseranno nella determinazione dell'oggetto e delle condizioni dell'accordo transattivo da parte dell'amministrazione ed aiuteranno a meglio evidenziare il peso di possibili atteggiamenti difensivi dell'amministrazione nell'addivenire a quella specifica decisione pacificatrice.

Nell'ottica seguita il *focus* si sposta sul momento della composizione dei termini della relazione fra le parti, perchè è lì che possono germogliare quegli elementi che orienteranno le valutazioni pubbliche destinate a sfociare in decisioni formali.

L'assetto convenuto, con cui si rimedia stragiudizialmente al conflitto in modo soddisfacente per gli interessi reciproci, costituisce lo strumento di manifestazione, ma non il luogo di formazione di una burocrazia difensiva eventualmente esistente ed incidente su valutazioni amministrative “ingabbiate” dal peso di rischi futuri.

Per tale ragione si propone una rilettura che anticipi il baricentro all'origine dell'operazione transattiva.

La retrocessione del momento in cui si sviluppa la scelta amministrativa di comporre la lite in modo autonomo, impegnando l'ente in una valutazione che investe, per il tramite del rapporto costi/benefici generati, profili che possono essere indagati dalla procura contabile in una eventuale azione di responsabili-

tà amministrativa, consente di rileggere col filtro giuridico ogni passaggio che caratterizza il complesso iter formativo della decisione pubblica di impiegare lo strumento transattivo in luogo della rimessione del conflitto al giudice.

L'estensione di tale filtro giuridico anche ad elementi che l'amministrazione pubblica decide di valutare nella maturazione della determinazione di transigere, permette di dilatare lo spazio d'indagine riservato al requirente contabile e di offrire a quest'ultimo una conoscenza più approfondita ed integrale della logica seguita dall'amministrazione nella ponderazione del peso attribuito ai differenti aspetti venuti in rilievo in rapporto a tale scelta.

In altri termini, la determinazione a transigere si pone, per l'amministrazione, come l'ultimo atto di un percorso logico-giuridico con cui la stessa amministrazione che transige conforma, in una progressione graduale e crescente di differenti aspetti valutativi, l'utilità pubblica ipotizzata in relazione al ricorso a tale peculiare sistema risolutivo della conflittualità amministrativa; dall'approdo di tale intero processo dipende la scelta (positiva o negativa) di concludere, transigendo, un conflitto con i privati, al fine di ricercare la soluzione più favorevole all'amministrazione o, ancora, al fine di scongiurare l'inverarsi di un esito infuosto per l'ente al termine di un iter giurisdizionale.

L'operazione transattiva diventa, quindi, lo spazio giuridico nel quale si raccolgono fatti e si maturano riflessioni che, in un doveroso confronto con l'interesse pubblico concreto, orienteranno la decisione amministrativa di ricorrere al suddetto strumento risolutivo del conflitto pubblico, del quale, in tale fase, si definiscono l'oggetto, i confini e la portata in rapporto alla specifica utilità pubblica perseguita funzionalmente dall'amministrazione.

Sebbene la coincidenza di questo spazio con il procedimento amministrativo non sia né necessaria, né, ancor meno, scontata<sup>53</sup>, ciò non impedisce di attribuire ad esso un rilievo giuridico primario in relazione all'indagine contabile volta a ricercare i possibili indizi dell'elemento soggettivo della responsabilità pubblica<sup>54</sup>.

Quanto affermato induce ad una ulteriore precisazione, di ordine più generale e di carattere sistematico.

Il mutamento del contesto giuridico-ordinamentale in cui il tema della transigibilità delle controversie in cui fosse parte la pubblica amministrazione, sia su questioni patrimoniali, sia nei rapporti di diritto pubblico, era assistito da mol-

---

<sup>53</sup> Su tale peculiare riferimento al rapporto fra operazione transattiva e procedimento amministrativo, vedi A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 218 e ss.

<sup>54</sup> Lo spazio giuridico attribuito all'operazione transattiva offrirà, infatti, elementi utili per indagare il grado di una eventuale colpevolezza in rapporto ad un danno pubblico generato da una scelta inappropriata di transigere, originata, ad esempio, da una erronea valutazione dei presupposti fondanti la tale scelta, dall'inadeguata determinazione del contenuto del rapporto transattivo, ecc.

teplici dubbi in dottrina<sup>55</sup>, ha reso possibile, oggi<sup>56</sup>, l'impiego di negozi bilaterali in funzione transattiva con lo scopo di ricomporre rapporti controversi fra la p.a. ed i privati, altrimenti risolvibili solo con la via giurisdizionale.

La praticabilità della soluzione transattiva nell'ambito di conflitti maturati in tutti i rapporti che coinvolgono la pubblica amministrazione, può essere ammessa senza distinguere fra gli accordi transattivi aventi ad oggetto questioni suscettibili di valutazione patrimoniale e questioni relative all'esercizio di potestà amministrative<sup>57</sup>.

Ciò comporta un ampliamento di impiego della transazione.

Non solo.

Se l'accordo transattivo soddisfa al meglio le parti, migliora di conseguenza anche la stabilità degli effetti giuridici generati dai rapporti siglati in funzione pacificatrice, con ciò riducendo l'idea di incertezza spesso associata all'intervento della giurisdizione amministrativa<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Ci si limita, qui, ad un formale inquadramento delle posizioni dottrinarie che si sono succedute, senza accedere al dettaglio delle tesi sostenute, cfr. A. DE VALLES, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro It.*, 1934 e E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, che per primi analizzarono sul piano teorico l'operabilità della transazione nel diritto amministrativo, traendone conclusioni divergenti, ma orientate ad una forte limitazione nell'utilizzo; per una progressiva apertura alla transazione nei rapporti pubblicistici, vedi G. MIELE, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987.

<sup>56</sup> Sempre seguendo la logica della sommaria ricostruzione formale, si distinguono, sulla scia del solco di Guicciardi, E. FERRARI, *Transazione della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994 e G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, in *Dir. Amm.*, 2005; differenti, per modalità di impostazione del tema, sia lo studio di P. STELLA RICHTER, P. CHIRULLI, *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, che i lavori di M. D'ORSOGNA, *Gli accordi transattivi*, in *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO, Milano, 2010, entrambi orientati all'esame della transazione pubblicistica in un confronto con la disciplina degli accordi tracciata dalla legge sul procedimento amministrativo. Occorre segnalare, infine, il recente lavoro monografico di A. Cassatella che, previa ricostruzione critica delle precedenti studi in materia, ha offerto una rilettura sistematica ed attuale della transazione amministrativa, valorizzandone le potenzialità.

<sup>57</sup> Ciò, secondo la prospettiva di A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 105, costituisce l'elemento identificativo unificante e specializzante che spinge a teorizzare un modello di transazione amministrativa che l'A. tipicizza e costruisce in modo unitario, superando la originaria dicotomia fra contratto transattivo (su rapporti privatistici) e accordo transattivo (su rapporti pubblicistici)

<sup>58</sup> Per una lettura prospettica della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, L. TORCHIA, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, in *L'Amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2016. Il tema dell'evoluzione della giurisdizione amministrativa, cui qui si accenna brevemente per ragioni di specificità tematica, merita, come è ovvio, uno sguardo orizzontale molto più ampio ed approfondito, rispetto al quale, senza pretesa di esaustività, si rinvia almeno a G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. e Soc.*, 2016, 2, 203 e, più di recente, *Id.*, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; ancora

Gli incentivi al potenziamento di questa strada divengono allora molteplici ed eterogenei.

Nella scelta amministrativa di percorrere una strada alternativa al ricorso al giudice sono contenuti molti elementi a carattere positivo, in un momento storico in cui, da un lato, la centralità catalizzatrice della giurisdizione amministrativa vacilla<sup>59</sup> e dall'altro l'ampliamento dell'accesso alla giurisdizione amministrativa<sup>60</sup> ha generato un incremento esponenziale di controversie radicate nelle sedi giudiziarie competenti, con la conseguenza che la stessa giurisdizione amministrativa debba considerarsi come una risorsa preziosa, della quale si auspica un utilizzo ponderato<sup>61</sup>.

Senza trascurare che lo sfondo di un contesto sociale ed economico segnato da una profonda crisi globale, acuita dalla recente situazione pandemica, costituisce un terreno – non neutrale – entro cui svolgere ogni riflessione in ordine alla utilità di potenziare strumenti di risoluzione non giurisdizionale del conflitto, sia per abbattere i costi di giustizia, sia per migliorare la qualità delle risposte al conflitto.

Entro tale contesto si sviluppa l'ulteriore tendenza che mira a rileggere con una certa organicità il fenomeno<sup>62</sup>, in parte anche contrastando una certa ritrosia del legislatore a riordinare sul piano sistematico e generale un utilizzo regolare delle ADR nel diritto amministrativo<sup>63</sup>, oggi ridotto entro una clausola normativa di generica impiegabilità di alcuni strumenti entro certe condizioni<sup>64</sup>.

Proprio il ricorso alla strada della transazione, allora, se mantenuta entro i limiti giuridici di praticabilità ed adeguatezza, offre una concreta soluzione ben

---

centrale su tale tema, R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 369; per una visione d'insieme del problema dell'effettività (non sempre raggiunte) della giustizia amministrativa, si vedano i numerosi scritti in *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol VII, a cura di G.D. COMPORTI, in *A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, Firenze, 2016, con particolare attenzione a I. PAGNI, *La giurisdizione fra effettività ed efficienza*, 85 e, più di recente, ID., *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto. Considerazioni di un processualcivilista*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2020, 1486.

<sup>59</sup> M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso*, in *Riv. arb.*, 2017, 521.

<sup>60</sup> Fra i molti studi che hanno attentamente analizzato i confini della giurisdizione amministrativa in rapporto al profilo dell'accesso alla tutela e dell'esercizio del diritto di difesa, limitatamente ad i contributi più recenti, vedi G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 529;

<sup>61</sup> M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2020, 19

<sup>62</sup> Per una visione d'insieme del fenomeno delle ADR nell'ambito pubblicistico, M. DELSIGNORE; M. RAMAJOLI, *ADR e Pubblica Amministrazione*, in *ADR una giustizia complementare*, a cura di F. DANOVÌ, F. FERRARIS, Torino, 2018, 240.

<sup>63</sup> Per una ricostruzione recente dello stato dell'arte si veda V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 55.

<sup>64</sup> Si pensi all'art. 12 del cpa, su cui si rinvia alle riflessioni di N. LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Giur. it.*, 2019, 1243.

aderente alle pretese soggettive delle parti in conflitto<sup>65</sup>, scongiurando il rischio di una futura frattura del rapporto, salvo che accadimenti patologici imputabili alle parti la rendano disfunzionale<sup>66</sup>.

Più nello specifico, ma senza voler eccedere in riflessioni politologiche<sup>67</sup>, è possibile convenire, con ragionevole tranquillità, sul fatto che la transazione rappresenti, per l'amministrazione, una valida strada di realizzazione dell'interesse generale<sup>68</sup>.

È sufficiente ribadire, infine, che dal lato pubblico il perseguimento delle finalità istituzionali non è solamente presupposto per l'accesso e l'impiego della transazione da parte dell'amministrazione<sup>69</sup>, ma diviene anche una delle principali condizioni per sostenere la convenienza economica e la ragionevolezza della soluzione transattiva convenuta, eventualmente circoscrivendo la configurazione di un danno erariale o di elementi soggettivi dell'illecito contabile indagato dalle procure regionali nell'ambito dell'esercizio di un'azione di responsabilità amministrativa.

Nell'ambito delle controversie pubblicistiche – reali o potenziali – che hanno ad oggetto un rapporto conflittuale caratterizzato dalla presenza condizionante dell'amministrazione<sup>70</sup>, sia essa agente in veste privatistica in relazione

---

<sup>65</sup> Come evidenziato da M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in *Giust. cons.*, 2021, 123, che caratterizza le ADR per specificità, proporzionalità ed appropriatezza della risposta (differenziata) di tutela.

<sup>66</sup> Ciò può accadere, ad esempio, nel caso in cui i contenuti precettivi degli accordi transattivi non siano ottemperati dall'amministrazione, con conseguente difficoltà di esecuzione successiva; oppure nel caso in cui alcuni elementi del negozio transattivo risultino viziati ab origine per cause esterne o condizionati da logiche animate da spinte personalistiche o utilitaristiche.

<sup>67</sup> Con tale espressione si allude ad eventuali giudizi di valore espressi in relazione alla bontà della soluzione negoziale di composizione della lite in via stragiudiziale e derivanti dalla presupposizione che la concreta individuazione del contenuto del rapporto transattivo da parte della p.a. che ha scelto di negoziare rappresenti la migliore modalità di soddisfacimento dell'interesse pubblico, in luogo di uno dei possibili modi di esso.

<sup>68</sup> Per una attenta analisi di tale profilo, ampiamente M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481.

<sup>69</sup> I due momenti sono individuati in modo distinto in relazione al differente atteggiarsi del doveroso l'interesse pubblico da perseguire da parte dell'amministrazione: l'interesse a rinunciare alla via giurisdizionale in un contesto di rischio di soccombenza e l'interesse a definire al meglio l'assetto del rapporto con il negozio transattivo; per un approfondimento del rapporto fra l'interesse primario come causa del potere e l'interesse secondario come scelta di transigere, F. CINTIOLI, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2009, 918.

<sup>70</sup> Secondo quanto efficacemente osservato da A. CASSATELLA, *La transazione*, qui 15 e 233 e s., la principale caratteristica della "conflittualità amministrativa" risiede proprio nell'esistenza di un tipo di conflitti ricomponibili soltanto "attraverso norme giuridiche applicabili all'amministrazione, siano esse stabilite dal Codice civile o da discipline settoriali", ma comunque dotate di una peculiarità all'interno dell'ordinamento; ciò sulla premessa che la posizione istituzionale dall'am-

a diritti patrimoniali, sia essa agente nell'esercizio del potere amministrativo, la transazione, quindi, costituisce un modello negoziale di composizione di una conflittualità amministrativa la cui utilizzabilità concreta, dal lato pubblico, può essere condizionata da rischi connessi alla proiezione di future (ed incerte) forme responsabilità amministrativa.

#### 4. *La scelta pubblica di transigere ed i confini del sindacato contabile*

La rilettura delle conseguenze amministrative relative alla percezione del rischio di incorrere in future responsabilità pubbliche può essere affrontata solo previa delimitazione dei confini del sindacato del giudice contabile e, più in generale, del ruolo della Corte dei conti in merito agli esiti delle scelte pubbliche discrezionali di concludere, in un dato modo, un accordo transattivo con i privati.

In premessa è utile ricordare che, in linea di massima, è sempre configurabile un condizionamento dei risultati prodotti dallo svolgimento dei compiti processuali affidati alla Corte dei conti sull'agire quotidiano delle amministrazioni: se giurisdizione contabile e amministrazione finiscono con il “compenetrarsi in modo funzionale”, giungendo la prima a trasferire sulla seconda le conseguenze e le criticità maturate in quel contesto<sup>71</sup>, il legame appare innegabile e biunivoco.

Al netto dell'ampiezza della portata di quanto appena rilevato, una corretta perimetrazione della possibile incidenza indiretta del futuro operato del giudice contabile sull'attività amministrativa in essere – in questo caso volta a costruire l'operazione transattiva che condurrà alla decisione del “se” transigere e “come” transigere – si impone per vari ordini di motivi.

Non soltanto per impostare in termini adeguati il rapporto fra (effetti della) decisione amministrativa in ordine alla transazione e giudizio di responsabilità amministrativa, avviato dalle conseguenze della medesima transazione; ma vieppiù per mantenere inquadrata tale forma di tutela nell'ambito della funzione tipica di questo giudice speciale<sup>72</sup>.

---

ministrazione ed i poteri ad essa riconosciuti dall'ordinamento non mutano a seguito del fatto giuridico occasionale dell'evento-lite.

<sup>71</sup> Il punto di vista qui riportato è l'asse cartesiana lungo la quale si snoda l'approfondimento condotto da E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2019, 39 e volto a mettere in luce come sempre più di frequente le disfunzioni della giurisdizione contabile generino paradossi in grado di condizionare l'operato presente e futuro delle amministrazioni pubbliche.

<sup>72</sup> Su cui vedi F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006, 1; ID., *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F. G. SCOCA, Padova, 1997, 1; V. TENORE,

Il presupposto da cui muovere è la configurabilità, rispettivamente: di effetti (economici) derivati dal rapporto transattivo aventi una dimensione ultra pattizia; di un contenuto dei medesimi suscettibile di valutazione patrimoniale e dell'emersione di un conseguente danno pubblico all'erario da essi derivato.

La prima caratteristica è pacifica, ma non scontata: che l'accordo transattivo generi conseguenze valutabili in una sede diversa da quella del negozio transattivo è insita nella mancata perdita del ruolo istituzionale dell'amministrazione, anche in presenza del mutamento dell'interesse pubblico concreto<sup>73</sup>.

Diversamente argomentando si rischierebbe di avere delle aree di irresponsabilità per l'amministrazione che, al contrario, deve sempre rispondere della corretta gestione delle risorse finanziarie di cui dispone, dinnanzi alla Corte dei conti.

Quanto al profilo economico dell'effetto dell'accordo transattivo, esso può rivestire diverse forme: si va dall'immediato esborso di denaro da parte dell'amministrazione come elemento componente l'oggetto dell'accordo di risoluzione della lite siglato con il privato; al conseguimento di un risparmio di spesa per la mancata prosecuzione della lite dal probabile esito infausto nella sede giurisdizionale; ai vantaggi amministrativi ottenuti dalle pattuizioni assentite dal privato.

Gli aspetti enucleati consentono di approdare al punto più critico dell'inquadramento del sindacato contabile in rapporto al negozio transattivo di cui sia parte l'amministrazione: delineare l'oggetto dell'interesse giurisdizionale della Corte dei conti.

Esso segna il passaggio conclusivo, ma più delicato, dal momento che l'indagine va ricondotta entro la specialità che assiste tale tipo di giudizio in rapporto alla funzione costituzionalmente riconosciuta alla magistratura contabile.

In aderenza al recente monito della Corte costituzionale, che ha avuto ancora occasione di precisare come la Corte dei conti, in qualità di magistratura indipendente e neutrale al servizio dello Stato ordinamento, sia garante imparziale dell'equilibrio finanziario del settore pubblico nel suo complesso e della corretta gestione delle risorse<sup>74</sup>, occorre procedere ricentrando sulla specialità della funzione ogni intervento della procura contabile sul negozio transattivo.

Ciò investe anche la ricerca di ipotesi di responsabilità amministrativa causative di pregiudizi erariali soggettivamente imputabili a funzionari e dipendenti che hanno scelto di concludere accordi transattivi.

---

*La nuova Corte dei conti: Responsabilità, Pensioni, Controlli*, Milano, 2018; F. GARRI, *La Corte dei conti. Controllo e giurisdizione. Contabilità pubblica*, Milano, 2012.

<sup>73</sup> Per la differenza fra esso e l'interesse pubblico generale al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione, vedi F. CINTIOLI, *Le tecniche*, cit., 925.

<sup>74</sup> In modo uniforme e conforme, Corte cost. 39/2014 e 60/2013, su cui, rispettivamente vedi, B. CARAVITA DI TORITTO, E. JORIO, *La Corte Costituzionale e l'attività della Corte dei conti (una breve nota sulle sentenze nn. 39 e 40 del 2014)*, in *Federalismi*, 6, 2014; D. MORGANTE, *Controlli della corte dei conti e controlli regionali: autonomia e distinzione nella sentenza della corte costituzionale n. 60/2013*, in *Federalismi*, 9, 2013.

Tale assunto porta già all'esclusione di tutti quei casi in cui l'indagine sulla responsabilità amministrativa sia avviata sulle condotte causative della situazione controversa da cui è scaturita la lite oggetto di successivo accordo transattivo stipulato da parte di soggetti diversi: in tale circostanza, a ben vedere, a tacer del fatto che non può aversi opponibilità dell'accordo transattivo alle parti diverse da quelle estranee all'operazione transattiva<sup>75</sup>, la personalizzazione dell'illecito contabile impedisce di estendere il nesso causale del "danno primario" al cosiddetto danno indiretto, da cui è scaturita la necessità di transigere<sup>76</sup>.

Sulla premessa che la transazione conclusa dall'amministrazione per tale oggetto non preclude il potere-dovere del giudice contabile di pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti della responsabilità erariale "originaria"<sup>77</sup> e sulla determinazione del quantum risarcibile dal dipendente nei confronti dell'amministrazione che ha subito il pregiudizio per l'insorgenza della lite<sup>78</sup>, l'attenzione si circoscrive ai casi in cui la negoziazione non sia il risultato rimediabile/pacificatorio di una precedente illegittimità o illiceità amministrativa accertata nelle sedi giurisdizionali competenti e che ha dato seguito ad un obbligo risarcitorio per la p.a. soccombente.

Del resto, che la transazione non rappresenti mai uno "sconto di responsabilità" amministrativa è irrefutabile se solo si rammenta che il ruolo stesso del procuratore contabile è quello di promuovere l'azione di responsabilità amministrativo-contabile posta a tutela dell'interesse generale alla conservazione ed alla corretta gestione dei beni e mezzi economici pubblici; si tratta, a ben vedere, di una investitura esclusiva, indisponibile ed irrinunciabile.

In tali casi, pertanto, la transazione conclusa dall'amministrazione costituisce "un mero fatto storico, fonte del danno indiretto patito dall'Amministrazione", il quale "non interrompe, di per sé, il nesso causale tra la condotta tenuta dal dipendente e l'esborso sostenuto dall'Ente, integrando, al contrario, secondo il noto principio fondato sulla prova di resistenza, il fattore causale in assenza del quale il nocumento patrimoniale non si sarebbe verificato"<sup>79</sup>.

Il perimetro a cui correttamente va ricondotto il ruolo della Corte dei conti, nel caso di operazioni transattive sfociate in un preciso accordo contrattuale reso

---

<sup>75</sup> Sul punto specifico si rinvia ad A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 385, per l'accurata analisi del negozio transattivo con particolare attenzione ai profili strutturali della fattispecie nella dinamica di un rapporto pubblicistico.

<sup>76</sup> La giurisprudenza sul punto è unanime, si veda, fra le più recenti, Corte conti, sez. giur. Regione Piemonte, 12 ottobre 2021, n. 346; Corte conti, sez. giur. Regione Sicilia, 25 settembre 2018, n. 782.

<sup>77</sup> Tanto che, nel caso in cui non fosse dal giudice contabile appurata l'esistenza del rapporto di servizio in essere al momento della stipula dell'accordo transattivo generatore di danno indiretto, la medesima imputazione del danno risulterebbe priva dell'elemento soggettivo della fattispecie, cfr. Corte conti, II Centr. App., 25 giugno 2021, n. 206.

<sup>78</sup> In particolare, vedi Corte conti, II centr. App., 2 febbraio 2017, n. 53.

<sup>79</sup> Così Corte conti, I centr. App., n. 536 del 2017 e, in modo conforme, Corte conti, I centr. App., 183/2018; Corte conti, sez. giur. Regione Piemonte, 77/2019.

tipico dalla volontà pattizia convergente, è allora da ricercarsi all'interno della diseconomicità concreta dell'assetto concordato dalle parti; ciò, ponendo sempre al fatto che una delle due parti è una pubblica amministrazione che non può mai abdicare alla funzione istituzionale di curare al meglio il fine pubblico, anche attraverso la corretta ed equilibrata gestione delle risorse disponibili.

Ciò che è diseconomico, è disequilibrato e scarsamente conveniente, pertanto impattante in negativo sulle risorse pubbliche, o, meglio, contrastante con il fine pubblico generale, ma tipizzato dalla funzione<sup>80</sup>.

Il parametro di riferimento rimane, quindi, il pregiudizio erariale, che rischia persino di prevalere sulla causa funzionale della transazione, tipicamente orientata a comporre la lite, risolvendola.

Esso si oggettiva nella concreta quantificazione del pregiudizio ipotizzato sotto forma di danno erariale specifico, arrecato dalla transazione conclusa o non conclusa, sul quale andranno a calibrarsi i differenti contributi causativi dei funzionari e dipendenti, in rapporto alle speciali regole sull'imputazione soggettiva.

In linea teorica, pertanto, è riservata al giudice contabile la valutazione in ordine alle modalità concrete impiegate per assicurare l'economicità dell'operazione per la pubblica amministrazione, vale a dire ogni elemento utile ad accertare e perseguire fattispecie di responsabilità amministrativa contabile derivanti da quella specifica transazione, in relazione alla quale, però, è preclusa ogni indagine in ordine alle ragioni amministrative poste a supporto della scelta.

Se il sindacato contabile si arresta alla verifica della convenienza economica dell'operazione transattiva, devono restare fuori dalla sua conoscibilità diretta sia l'aspetto ponderativo che ha supportato l'amministrazione nell'attività di formazione del consenso a dirimere il conflitto mediante la transazione, che le ragioni della scelta condotta nella determinazione del contenuto o nella valutazione dei costi e dei benefici, che, infine, l'eventuale profilo di illegittimità amministrativa emerso in sede giurisdizionale (amministrativa).

Detto altrimenti, l'indagine contabile può spingersi fino al limite dell'insindacabilità del merito amministrativo<sup>81</sup>, cioè non può conoscere (e sindacare)

---

<sup>80</sup> Non va dimenticato, poi, che le coordinate dell'operato dell'amministrazione, anche laddove essa agisca *iure privatorum* per risolvere situazioni a carattere patrimoniale, rimangono sempre quelle dell'art. 1 della legge 241/990.

<sup>81</sup> All'art. 1, comma 1, l. n. 20/1994 si legge infatti che rimane esclusa dall'accertamento della personale responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, l'indagine nel merito delle scelte discrezionali, che si profilano sempre insindacabili: tale previsione è stata introdotta nell'ottica di evitare che il magistrato, attraverso il sindacato delle scelte discrezionali, realizzi una ri-valutazione nel merito e si trasformi in amministratore, travalicando così lo spazio di azione definibile come "riserva di amministrazione" (Atti seduta della Camera dei Deputati 18 dicembre 1996, n. 109, nonché C. conti, Sez. I d'App., sent. n. 292, del 23 settembre 2005, Cass. Sez. Un. 29 gennaio 2001, n. 33); precisa ulteriormente la giurisprudenza contabile, che "l'agire libero degli amministratori e dipendenti pubblici entro gli spazi normativamente assentiti, si tradu-

l'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dall'amministrazione nella determinazione del modo di comporre gli interessi pubblici.

Al riguardo è di recente stato messo in luce proprio il delicato compito del giudice contabile, costretto ad un equilibrio fra l'insindacabilità di determinate scelte per ragioni politiche o per limiti organizzativi interni alla gestione amministrativa e la doverosità della funzione svolta<sup>82</sup>; ciò per sottolineare come, ancora oggi, l'artificiosità di un percorso di accertamento di una così rilevante tipologia di responsabilità, non possa incrinare la necessaria permanenza di un tipo di giudizio, del quale si auspica una attualizzazione.

Se, allora, le dinamiche sottese alle scelte pubbliche di transigere sono sottratte al rischio di un successivo sindacato del giudice contabile, l'alea della percezione del rischio per l'amministrazione si riduce sensibilmente ed un eventuale condizionamento per la introiezione della valutazione prognostica negativa in merito ad un successivo giudizio di responsabilità amministrativa, dovrebbe essere scongiurato.

Ma nel contesto giuridico attuale è proprio la "riserva di scelta amministrativa" a risultare fortemente ridotta e depotenziata<sup>83</sup>, come anche la giurisprudenza contabile è giunta ad affermare di recente<sup>84</sup>.

L'erosione della sfera del merito amministrativo in conseguenza del progressivo affermarsi dei principi derivanti dalla legge sul procedimento amministra-

---

ce in una condotta giuridicamente consentita, perciò in un requisito positivo del comportamento, finalizzato a tradurre una scelta, tra più opzioni di merito tutte ugualmente lecite e legittime, in un provvedimento decisorio destinato all'attuazione di un determinato fine di pubblico interesse, rispondente alla causa del potere esercitato", C. conti, I centr. App., 29 marzo, 2019, n. 61.

<sup>82</sup> Vedi le riflessioni di G. D. COMPORI, *La responsabilità erariale tra indirizzo politico e gestione amministrativa: un'architettura barocca per una efficiente e sostenibile erogazione dei compiti pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. III, *Problemi e prospettive*, Bologna, 2020, 111.

<sup>83</sup> Con riguardo al limite esterno della giurisdizione, l'opera di contrazione dello spazio precluso al sindacato del giudice contabile è condotta in modo costante dalla Corte di Cassazione che in svariate occasioni ha avuto modo di perfezionare il principio della effettività della tutela per il tramite di un progressivo ampliamento dell'area della giustiziabilità delle scelte pubbliche dannose per l'amministrazione perchè non condotte con adeguata responsabilità, individuando indici di misura del potere amministrativo utili a potenziare il sindacato giurisdizionale contabile sul potere discrezionale.

<sup>84</sup> Per circoscrivere la portata preclusiva di tali limiti entro lo stretto necessario, la giurisprudenza ha costantemente precisato che "La disposizione circa l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non preclude, nel giudizio contabile, la valutazione delle scelte discrezionali che, eccedendo i limiti della ragionevolezza, sconfinino nell'arbitrio e siano perciò viziate da illegittimità per eccesso di potere, è consentita la piena sindacabilità delle scelte discrezionali quando si sia agito in contrasto con prescrizioni dell'ordinamento disattendendo in modo palese canoni di razionalità e di adeguatezza funzionale; l'oggetto del giudizio può riguardare la razionalità e congruità dell'azione amministrativa nonché il corretto perseguimento dell'interesse pubblico" (ex multis, C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 7 gennaio 2004, n. 1; C. conti, sez. II giur. centr. app., 19 novembre 2003, n. 320/A)

tivo, ha comportato un restringimento dell'area preclusa all'accesso del giudice contabile, oggi chiamato a vagliare, nel contesto funzionalizzato all'accertamento di eventuali responsabilità pubbliche per danno erariale, il rispetto dei principi di efficienza, economicità ed efficacia nell'ambito della scelta ponderativa riservata alla pubblica amministrazione<sup>85</sup>.

Non solo, secondo gli ormai consolidati insegnamenti della Corte di Cassazione, non possono essere sottratte al sindacato del giudice contabile, laddove la Procura rilevi elementi utili per l'avvio di un giudizio di responsabilità per danno erariale, neppure quelle scelte discrezionali che si pongano in contrasto con l'assetto legislativo vigente<sup>86</sup> oppure con i fini istituzionali attribuiti dal legislatore all'amministrazione<sup>87</sup>, o, ancora, con l'efficienza del risultato amministrativo atteso<sup>88</sup>.

In particolare, proprio con riguardo controllo di ragionevolezza sulle scelte operate dalla pubblica amministrazione con lo scopo di apprezzare se gli strumenti utilizzati dagli amministratori pubblici siano adeguati oppure esorbitanti ed estranei ai fini di interesse pubblico da perseguire con risorse pubbliche, la Suprema Corte si è spinta ad affermare che il sindacato contabile può investire nella sua interezza il percorso logico seguito dall'amministrazione, onde evitare la deviazione dell'attività amministrativa dai propri fini istituzionali che devono essere perseguiti nel quadro complessivo degli equilibri della finanza pubblica cui il giudizio amministrativo-contabile è specificamente orientato; a tal proposito, spetta al giudice contabile accertare tutti i fatti e comportamenti causa di

---

<sup>85</sup> Da ultimo, vedi Corte Cass., Sez. Un., sent. 10 marzo 2014 n. 5490, che non sottrae le scelte discrezionali dell'amministrazione al sindacato contabile di conformità alla legge formale e sostanziale che regola l'attività e l'organizzazione amministrativa.

<sup>86</sup> Così viene affermato da Corte Cass., Sez. Un., sent. 21 febbraio 2013 n. 4283, con cui non si ritiene violato il limite giuridico della "riserva di amministrazione", inteso come preferenza tra alternative, nell'ambito della ragionevolezza, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, con il controllo giurisdizionale della giuridicità sostanziale, cioè dell'osservanza dei criteri di razionalità, nel senso di correttezza e adeguatezza dell'agire, logicità, e proporzionalità tra costi affrontati e obbiettivi conseguiti, costituenti al contempo indici di misura del potere amministrativo e confini del sindacato giurisdizionale – dell'esercizio del potere discrezionale; conforme Cass. Sez. Un. 1376/2006.

<sup>87</sup> Corte Cass., Sez. Un., sent. 25 gennaio 2006 n. 1378, con cui non si ritengono violati i limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice contabile che abbia accertato la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente ed abbia successivamente dato rilievo alla non adeguatezza dei mezzi prescelti nell'ipotesi di assoluta ed incontrovertibile estraneità dei mezzi stessi rispetto ai fini.

<sup>88</sup> Emblematica, al riguardo Corte Cass., Sez. Un., sent. 4 maggio 2018, n. 10774, dove si afferma la giurisdizione del giudice contabile con riferimento ad una ipotesi di responsabilità amministrativa per danno erariale conseguente all'omessa attivazione tempestiva del servizio di collegamento telematico per il controllo dell'andamento del gioco da parte dei concessionari del servizio pubblico di attivazione e conduzione della rete per la gestione telematica degli apparecchi per il gioco lecito.

danno erariale e, pertanto, con la sola esclusione della scelta dell'amministratore di apprestare gli strumenti più idonei al soddisfacimento degli obiettivi dell'ente, esso deve valutare i modi di attuazione delle scelte discrezionali, che assumono rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa<sup>89</sup>.

Ciò, con precipuo riferimento all'asse delle scelte transattive, sposta molto il baricentro dell'indagine contabile, arricchendo il sindacato della Corte dei conti di nuovi elementi utili a ricostruire la configurazione di forme di responsabilità amministrativa originate dall'operazione transattiva, qui intesa come fattispecie comprensiva anche dell'attività di determinazione del consenso a transigere.

Preservando – ma solo sotto un profilo formale – quegli elementi valutativi inerenti alla ponderazione ed al bilanciamento dell'interesse pubblico in cura all'amministrazione in rapporto alla scelta di transigere ed al contenuto dell'accordo transattivo, le procure regionali possono autonomamente procedere ad avviare indagini sull'equilibrio economico delle prestazioni convenute con la transazione, con ciò investendo alcuni ambiti oggetto delle scelte pubbliche.

La *sostenibilità dell'equilibrio economico* della transazione conclusa è cosa diversa dalla *diseconomicità concreta* che incide in modo immediato sull'assetto finanziario dell'amministrazione e sulle risorse pubbliche da essa gestite, risolvendosi, la seconda, in una più semplice valutazione sia in termini di diretta fuoriuscita di denaro pubblico, che in termini di mancati introiti per l'erario, mentre rimanendo, la prima connessa alla modalità di esercizio del potere di scelta dell'amministrazione<sup>90</sup>.

Più precisamente, il nocumento arrecato dalla scelta transattiva, nel caso di analisi della diseconomicità concreta, si traduce in un giudizio estrinseco ancorato a parametri certi attraverso cui agganciare la generazione del danno pubblico.

Detto in altri termini, la transazione viene riletta dal giudice contabile sotto il profilo della illiceità o della avventatezza in ordine alla conclusione, che origina da scelte irragionevoli, arbitrarie o non fondate su criteri logici<sup>91</sup>; si rinvergono ipotesi di tale tipo nel caso in cui sia stata condotta una valutazione oggettivamente erronea dei presupposti della transazione, oppure sussiste l'assenza di elementi probatori in ordine ai presupposti della transazione<sup>92</sup>; o, ancora, per un manifesto svantaggio economico per l'amministrazione in conseguenza di un sinallagma sbilanciato in modo non ragionevole, o un contenuto pattizio abo-

---

<sup>89</sup> Così è affermato da Corte Cass., Sez. Un., sent. 12 gennaio 2018, n. 6820.

<sup>90</sup> Come affermato da C. conti sez. giur. reg. Toscana, 24 aprile 2020, n. 100, "la scelta di avvenire ad una transazione è soggetta a sindacato nei limiti della rispondenza della stessa a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa".

<sup>91</sup> Vedi, ad es. C. conti, I centr. App., 3 maggio 2021, n. 23.

<sup>92</sup> C. conti, sez. giur. reg. Campania, 29 febbraio 2012, n. 250.

norme<sup>93</sup>: ipotesi di responsabilità amministrativa si delineano in presenza di una transazione stipulata sulla base di una lite che trae origine da pretese palesemente infondate<sup>94</sup> o da situazioni non disponibili o, ancora, da debiti prescritti<sup>95</sup>.

La prima fattispecie, invece, inerendo ad un profilo che investe, nei limiti del sindacabile<sup>96</sup>, l'intera valutazione condotta dall'amministrazione transigente, per essere indagata impone al giudice contabile di condurre un giudizio intrinseco e puntuale e richiede l'estensione verso un sindacato elaborato per singolo caso di specie ed operato attraverso una indagine che si estende a tutta l'attività prodromica al negozio transattivo, esaminata nel suo intero contenuto<sup>97</sup>.

Il giudice contabile deve acquisire elementi utili a vagliare la ragionevolezza, la razionalità, la diligenza, la prudenza, la proporzionalità tenuta dal funzionario o dipendente nel compiere scelte generatrici di conseguenze (pregiudizievoli) indirette per l'erario pubblico, attraverso una ricostruzione del caso concreto che muova da una proiezione futura degli effetti generati sull'amministrazione in termini di possibili pregiudizi erariali<sup>98</sup>.

Viene, quindi, condotta una valutazione probabilistica di stampo prognostico per esaminare con rigore la condotta dell'amministratore che ha stipulato l'accordo transattivo, attraverso la formulazione di una ipotesi di verosimiglianza che proietti in controluce il risultato amministrativo ottenuto all'esito del negozio transattivo<sup>99</sup>: ciò consente al giudice contabile di rapportare quanto convenu-

---

<sup>93</sup> Così C. conti, sez. giur. Regione Piemonte, 10 maggio 2019, n. 67.

<sup>94</sup> C. conti, sez. giur. reg. Marche, 27 marzo 2006, n. 383.

<sup>95</sup> Sul punto la giurisprudenza è ampia e consolidata, fra le molte, di recente, C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 8 marzo 2018, n. 47; C. conti, sez. III app., 2 febbraio 2017, n. 53; C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 7 luglio 2016, n. 115.

<sup>96</sup> Ben si precisa che non si tratta di sindacare il potere discrezionale connaturato all'istituto della transazione, né le valutazioni in merito al possibile esito del giudizio, ma l'arbitrarietà e l'irragionevolezza dei contenuti della transazione.

<sup>97</sup> Vedi C. conti sez. giur. reg. Abruzzo, 11 ottobre 2021, n. 238, dove l'indagine del giudice contabile è arrivata a ricostruire, nei suoi elementi tipici, una ipotesi di responsabilità amministrativa foriera di danno pubblico in un accordo transattivo nel quale l'illogico e contraddittorio importo della somma pattuita dall'amministrazione a titolo di risarcimento, aveva pregiudicato l'ente, soltanto a seguito di una accurata indagine sugli elementi costitutivi la decisione amministrativa di transigere.

<sup>98</sup> Appare utile ricordare, peraltro, che il giudice contabile, per comprovare l'esistenza di un valido nesso causale nell'ambito della fattispecie di responsabilità amministrativa, procede attraverso la regola della "condicio sine qua non" che declina attraverso il "procedimento di eliminazione mentale": ciò ha piena validità anche nel caso di giudizi volti a sindacare eventuali responsabilità derivanti dalla stipula di transazioni da parte dell'amministrazione, cfr. C. conti, III app. 11 gennaio 2021, n. 11.

<sup>99</sup> Interessante, in merito, C. conti, se. II centr. app., 6 maggio 2021, n. 140 la valutazione condotta dal giudice contabile in relazione ad una transazione amministrativa stipulata nell'ambito di una nota controversia sorta con riferimento ad un complesso contenzioso relativo a vicende di Expo 2015, in rapporto alla quale si escludono forme di responsabilità erariale, poichè si ritiene che essa sia "intervenuta al fine di dirimere vantaggiosamente per la stazione appaltante", aspetti della situazione controversa che avevano investito l'amministrazione.

to, con la situazione che si sarebbe generata senza la soluzione pacificatrice del conflitto, oppure con quello che avrebbe dovuto essere pattuito per generare un vantaggio diverso all'amministrazione<sup>100</sup>.

Si estende il sindacato in ordine al buono o cattivo esito della lite che fornisce il presupposto della transazione<sup>101</sup>, oppure in ordine al contributo causalmente negativo del funzionario/dipendente che ha dato origine alla stipula di un accordo non equilibrato e sostenibile per l'amministrazione<sup>102</sup>, magari per negligenza o eccessiva superficialità nella conduzione dell'operazione transattiva<sup>103</sup>; o, ancora, in ordine alla ingiustificata sproporzione del contenuto dell'accordo negoziale sottoscritto dall'amministrazione pur in un contesto conflittuale incerto e controverso, che, però, non giustifica la scarsa diligenza tenuta dal funzionario stipulante nel ponderare i vantaggi per l'ente<sup>104</sup>.

Se la transazione è finalizzata ad evitare o porre fine al conflitto destinato a sfociare o già sfociato in una sede giurisdizionale, così escludendo o limitando conseguenze patrimoniali di rilievo per l'amministrazione, è necessario che sussista una incertezza (oggettiva o soggettiva) in ordine alla conclusione del conflitto<sup>105</sup> oppure che via sia una alta probabilità di soccombenza per l'amministrazione (futura) convenuta<sup>106</sup>, quasi prossima alla certezza<sup>107</sup>.

Ipotesi, quella da ultimo tracciata, assai frequente.

Si rammenti, infatti, che l'attuale congestione normativa incrementa la situazione di incertezza in ordine alla prefigurazione della cornice normativa di riferimento del conflitto insorto e che tale confusione sistemica alimenta la percezione del rischio in capo all'amministrazione.

Ma presupporre che l'incertezza di un esito giudiziario futuro o la certezza

---

<sup>100</sup> Sul punto, ad esempio, ancora C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921.

<sup>101</sup> È significativo che l'indagine contabile sulla responsabilità copra anche ipotesi di mancata sottoscrizione di accordi transattivi asseritamente vantaggiosi da parte di dipendenti pubblici che, in luogo del ricorso a strumenti alternativi, hanno deciso di intraprendere la via giudiziaria dall'esito incerto, cfr. C. conti, sez. II giur. centr. app., 20 marzo 2007, n. 52/A.

<sup>102</sup> Vedi C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 23 ottobre 2012, n. 107.

<sup>103</sup> Situazione, ad esempio, riscontrabile nel caso in cui l'operazione transattiva che ha condotto alla stipula del contratto sia stata condotta senza adeguato approfondimento e supporto istruttorio da parte dell'amministratore stipulante, vedi C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921.

<sup>104</sup> Interessante su punto C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 5 gennaio 2012, n. 1.

<sup>105</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Molise, 2 maggio 2013, n. 51.

<sup>106</sup> In merito, C. conti, sez. giur. reg. Toscana, 15 ottobre 2012, n. 485, dove si riconosce una ipotesi di responsabilità amministrativa a carico di un funzionario che aveva siglato un accordo transattivo con la controparte privata, già convenuta in giudizio di primo grado, accordando piena soddisfazione alle pretese di quest'ultima a scapito del vantaggio per l'amministrazione, pur in presenza di ampi margini di impugnazione della pronuncia di primo grado per la p.a.

<sup>107</sup> Con tale espressione di recente C. conti, sez. giur. reg., Piemonte 15 aprile 2021, n. 133 ha escluso la manifesta abnormità, irragionevolezza ed illogicità di un atto transattivo concluso per scongiurare l'esito infausto di un contenzioso dalle conseguenze assai gravose per l'erario.

della soccombenza pubblica all'esito di una lite, diventino elementi valutabili nell'azione di responsabilità amministrativa implica riconoscere al giudice contabile la legittimazione a spingersi verso la ricostruzione delle dinamiche pubbliche che hanno supportato l'operazione transattiva sfociata nell'accordo negoziale<sup>108</sup>.

Allora la difficoltà del compito delle Procure prima e (eventualmente) del giudice contabile dopo sta proprio nel trovare la misura un sindacato che si mantenga entro i limiti dettati dall'ordinamento.

Operazione sempre più complessa, che richiede il trasfondere il sindacato da una situazione archetipica astratta ad una situazione concreta, senza introdurre un sindacato nel merito delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione a compiere quelle scelte discrezionali che hanno costruito l'operazione amministrativa sfociata nel contratto transattivo, del quale, tuttavia, il giudice contabile può conoscere il contenuto.

##### 5. *Burocrazia difensiva, effetti sulle scelte transattive della p.a. e recenti antidoti normativi*

La realtà esaminata ci ha restituito un quadro dominato dal sospetto che l'influenza indiretta del giudice contabile assuma un peso di primario rilievo nelle scelte pubbliche di concludere accordi in funzione transattiva.

Ciò accade per almeno due concomitanti circostanze.

Da un lato, vi è l'ampliamento dell'oggetto dei negozi transattivi in funzione compositiva di liti pendenti o future in cui sia parte la pubblica amministrazione, con conseguente dilatazione delle possibilità di ricorrere alla composizione del conflitto amministrativo attraverso questo strumento alternativo alla giurisdizione, del quale sono noti i vantaggi.

Dall'altro, vi è il delinarsi di un modello di giudizio contabile per responsabilità amministrativa nel quale la ricerca degli elementi dell'illiceità di sempre nuove fattispecie di danno pubblico<sup>109</sup> implica una progressiva oggettivazione dell'interesse sotteso al bisogno di tutela<sup>110</sup> ed un conseguente assottigliamento

---

<sup>108</sup> Al riguardo, è stato in altra sede argomentato sulla necessità che il sindacato del giudice contabile, in ossequio alla specialità della funzione consolidata dall'ordinamento, non possa prescindere, per i profili di competenza spettanti, dal condurre una attenta indagine dell'iter decisionale che ha supportato il decisore amministrativo, se si vuole, V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, in *Diritto e Processo*, 2, 2021, 365.

<sup>109</sup> Sul punto si veda S. FOÀ, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in *Cattiva amministrazione*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 25.

<sup>110</sup> Se ne ha una conferma avendo riguardo alle ipotesi di responsabilità amministrativa enunciate dalle nuove figure di danno pubblico quali, ad esempio, il danno all'ambiente, il danno alla violazione della concorrenza ed il danno da tangente, il danno da disservizio, il danno all'immagine, costruite come forme di responsabilità oggettiva, su cui vedi, in relazione al danno ambientale, M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte*, in *Riv. giur. amb.*, 2,

del confine di insindacabilità del merito amministrativo<sup>111</sup> tramite il recupero di una sindacabilità contabile della ragionevolezza dei mezzi impiegati in rapporto agli obiettivi conseguiti<sup>112</sup>.

La pubblica amministrazione che si accorda per transigere è chiamata, nell'ambito dell'operazione transattiva, a condurre, con elevata discrezionalità, ogni scelta connessa a definire il contenuto dell'accordo negoziale futuro, con specifico riguardo al miglior perseguimento dell'interesse dell'ente in termini di rispetto dell'equilibrio finanziario pubblico<sup>113</sup>.

Sullo sfondo, a completamento del quadro sistemico, si rammenti che il momento decisionale dell'amministrazione che si avvia a transigere non è supportato neppure dall'ausilio della Corte dei conti in veste di organo consultivo che, nelle previste forme di collaborazione con le amministrazioni pubbliche, può rilasciare – su richiesta – pareri in merito a questioni inerenti alla regolarità finanziaria, all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa ed in materia di contabilità pubblica<sup>114</sup>; l'apporto eventualmente fornito ai funzionari che ipotiz-

---

2020, 262 e F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, 413; per il danno alla concorrenza, R. DIPACE, *Il danno alla concorrenza tra giudice amministrativo e contabile*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa*, a cura di F. G. SCOCA, A. DI SCIASCIO, cit., 159; in relazione al danno da disservizio, M. PERIN, *Danno da disservizio e disorganizzazione nell'amministrazione*, in *Giustamm.*, 2, 2013.

<sup>111</sup> Granitica sul punto la giurisprudenza contabile che, sulla base dei parametri nitidamente precisati dalla Corte regolatrice della giurisdizione (vedi, ad esempio, Cass. Sez. Un. sent. 1979/2012 e 4283/2013), precisa ulteriormente che al giudice contabile è precluso addentrarsi in un sindacato sul merito delle scelte discrezionali, in quanto ad esso è impedito di sostituirsi all'operatore pubblico per individuare altre possibili scelte alternative, diverse da quella in concreto adottata, dovendosi limitare ad accertare se quest'ultima, in sé considerata, risponda a criteri di razionalità, individuati secondo i parametri di economicità ed efficacia cui è soggetta l'azione amministrativa, anche nell'ottica della esistenza di un rapporto di "ragionevole proporzionalità" tra "costi e benefici".

<sup>112</sup> In tale senso vedi la nuova linea del sindacato contabile tracciata dalla Suprema corte, che tende a flessibilizzare il limite rigido introdotto dal legislatore delle riforme della responsabilità amministrativa, ricordando come la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti; e la violazione di tali criteri può assumere rilievo anche nel giudizio di responsabilità, dal momento che l'antigiuridicità della condotta costituisce un presupposto necessario (anche se non sufficiente) alla valutazione della colpevolezza del suo autore: in tali termini vedi anche Cass. Sez. Un. 14488/2003, 7024/2006 e 18757/2008.

<sup>113</sup> Vedi, proprio con riferimento ad alcune scelte transattive condotte dall'ente, C. Conti, Sez. Lombardia, 31 luglio 2017, n. 126, che conferma, *ex pluribus*, C. conti, sez. Lazio, 10 gennaio 2012 n. 22 cit. e id., sez. Lazio, 10 novembre 2006, n. 2282.

<sup>114</sup> La fattispecie è regolata dall'art. 7 comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, che statuisce "Le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane".

ziano di intraprendere una operazione transattiva è limitato ad un vaglio formale di fattibilità, che, non volendo tradursi in una surrettizia modalità di co-amministrazione, si limita ad una delibazione sulla generale rilevanza della questione proposta, con riguardo alla legittimazione del proponente ed al rispetto dei confini oggettivi di proponibilità.

Il timore di uno sconfinamento nell'esercizio di compiti di amministrazione attiva e gestionale, mediante il rilascio di valutazioni a contenuto discrezionale oppure di una interferenza con la funzione giurisdizionale, depotenzia l'apporto della Corte dei conti e rimette in toto la scelta nelle mani dell'amministrazione.

A dire il vero una sorta di antidoto contro il rischio di una duplicazione funzioni può rinvenirsi in quelle previsioni del Codice del processo contabile, novellate dal correttivo, che aumentano la separazione fra il giudizio di responsabilità amministrativa da avviare su una decisione amministrativa deliberata all'esito delle risultanze di un precedente parere, chiesto e rilasciato dalle sezioni consultive della Corte dei conti, ed effetti "scriminanti automatici" del medesimo sul nesso di imputazione<sup>115</sup>.

In merito, infatti, il nuovo assetto normativo, da un lato, esclude che vi sia un automatico effetto de-responsabilizzante per il funzionario che procede recependo il parere dell'organo consultivo pubblico, affidando al P.M. contabile il compito di valutare l'assenza della colpa grave nel caso di recepimento fedele ed uniforme del suddetto<sup>116</sup>; dall'altro affida alla discrezionalità del giudice la decisione finale da esso adottata, mediante un controllo giurisdizionale sulle archiviazioni<sup>117</sup>.

Ciò, se da un lato risolve possibili interferenze indebite fra le differenti funzioni attribuite alla Corte dei conti, dall'altro, però, si pone come ulteriore fattore di accelerazione della percezione di un rischio potenziale per l'agire amministrativo.

La giurisprudenza, infine, si preoccupa da sempre di addivenire ad un corretto inquadramento contabile delle somme pubbliche eventualmente versate (o introitate) dalla p.a. per obblighi patrimoniali derivanti da un accordo transattivo.

Nel silenzio legislativo, la difficoltà di una esatta identificazione del titolo di imputazione delle medesime, ha recentemente indotto la Corte dei conti a stabilire che, laddove la transazione comporti oneri patrimoniali per l'amministrazione derivanti dal rapporto debito-credito, le maggiori spese non previste in bilancio

---

<sup>115</sup> La vecchia versione dell'art. 96 c. 2 del d. lgs. n. 174 del 2016, prevedeva l'archiviazione disposta dal p.m. per assenza di colpa grave in caso di conformazione dell'azione amministrativa "al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali".

<sup>116</sup> Così dispone il nuovo art 96 comma 2 codice processo contabile, che lascia al p.m. contabile la possibilità di archiviare la posizione del soggetto convenuto per assenza di colpa grave "ove valuti che l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi".

<sup>117</sup> Art. 69 commi 3-6 codice processo contabile.

necessitano di essere riconosciute con le procedure all'uopo formalizzate, previa specificazione della sussistenza di una utilità per l'amministrazione<sup>118</sup>.

L'arresto giurisprudenziale con cui si ribalta il precedente orientamento<sup>119</sup> segna una importante svolta per l'impatto derivato sull'attività decisionale dell'amministrazione e per l'implementazione del rischio percepito in connessione delle possibili conseguenze derivanti dalla conclusione di accordi transattivi pubblici.

Ben si comprende, allora, come in tale articolato e sfumato contesto, l'idea che possano annidarsi forme di burocrazia difensiva condizionante le scelte transattive dell'amministrazione, va ben oltre la mera suggestione.

Che di mera suggestione non si tratti sembrerebbe comprovato anche dall'urgenza con la quale il legislatore ha deciso arginare il rischio di una amministrazione paralizzata dal timore dell'agire, introducendo norme "manifesto" con le quali si promettono risultati che, se non sapientemente costruiti con un rigoroso esercizio dell'attività giurisdizionale da parte del giudice contabile, possono andare ben oltre le legittime aspettative, sovvertendo la legalità del sistema<sup>120</sup>.

L'intervento innovatore ed avente ad oggetto proprio la disciplina generale dei presupposti costitutivi della fattispecie di responsabilità amministrativa, è contenuto in una riforma governativa<sup>121</sup>, varata senza il supporto della stessa Corte dei conti<sup>122</sup>.

In tale ambito, la novella interviene a modificare la modalità con cui opera l'imputazione soggettiva della fattispecie illecita erariale<sup>123</sup>.

Accentuando la già segnata distinzione fra il dolo e la colpa grave, prosegue nel solco della frattura con la previsione di un allontanamento definitivo fra le due ragioni di imputazione.

La soluzione introdotta circoscrive l'elemento soggettivo valutabile dal giudice contabile nella ricostruzione della responsabilità per danno pubblico, al dolo, del quale si definisce, con notevoli aspetti di criticità<sup>124</sup>, il significato

<sup>118</sup> C. conti, giur., SS. RR., 1 luglio 2020, n. 37, confermata da C. conti, Sez. Lazio, deliberazione n. 48/2021/PAR.

<sup>119</sup> Cfr. C. conti, Sez. contr. Regione Lazio, delib. n. 48/2021/PAR e Sez. contr. Regione Sicilia n. 164/2016; C. conti, sez. contr. reg. Sardegna, 23 luglio 2012, n. 62.

<sup>120</sup> Per una interessante rilettura del rapporto fra principio di legalità e contenuto della responsabilità in ragione della funzione pubblica A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e problemi*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677, il quale propone di fornire *ex ante* un fondamento positivo alla responsabilizzazione funzionale, oggi ricostruibile soltanto *ex post*.

<sup>121</sup> Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito senza modifiche sul punto con legge 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>122</sup> Vedi SS.RR. controllo, Audizione della Corte dei conti del 28 luglio 2020 sul disegno di legge n. 1883.

<sup>123</sup> Per il cui inquadramento generale si rinvia a A. Canale, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, a cura di A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLO, Milano, 2019, 88 e ss.

<sup>124</sup> In particolare, vedi M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la stra-*

giuridico<sup>125</sup> ed attenua la responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori pubblici<sup>126</sup> che abbiano cagionato danni erariali in conseguenza di fatti derivanti da condotte commissive poste in essere con colpa grave<sup>127</sup>.

Con l'unica eccezione che riguarda i fatti dannosi generati all'inerzia amministrativa<sup>128</sup>, per i quali continua ad operare l'imputazione a titolo di colpa.

Il temperamento necessario a placare l'intensità del dibattito sorto all'ingresso della disposizione – rispetto alla quale è stata ipotizzata anche l'incostituzionalità<sup>129</sup> – è rinvenibile nella temporaneità e transitorietà della norma<sup>130</sup>; ma si è trattato di un palliativo iniziale, atteso il sopraggiungere immediato di una prima proroga, che ne ha esteso l'efficacia ad un altro biennio<sup>131</sup>.

Nell'intenzione del legislatore la limitazione della responsabilità erariale avrebbe dovuto costituire un valido antidoto al dilagare della burocrazia difensiva ed al conseguente rischio che essa possa tradursi in un condizionamento concreto per le scelte decisionali operate dall'amministrazione<sup>132</sup>.

---

*da della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2021, 279 spec. 291 e ss., cui si rinvia per gli interessanti rilievi critici attraverso i quali, dopo aver dato atto della inadeguatezza strutturale e funzionale del processo contabile nell'accertamento del profilo doloso della condotta del dipendente pubblico, guarda con estrema preoccupazione agli effetti generati dalla deresponsabilizzazione di molte delle condotte provocatorie di danno erariale, con speciale riferimento ad alcune categorie di pubblici dipendenti la cui funzione è particolarmente connotata in senso funzionale; ciò induce l'A. ad auspicare che una più penetrante opera di definizione dei confini normativi dell'elemento soggettivo "punibile", possa divenire un antidoto legale alla "solitudine" del decidere discrezionale, impedendo reazioni di burocrazia difensiva.

<sup>125</sup> Il nuovo comma 1 dell'articolo 1 della legge 20/1994, dispone che «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»; ciò sposta l'onere probatorio sulla volontà dell'evento, oltre che sulla condotta e rende più difficile la contestazione di tale elemento soggettivo e, quindi, l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità erariale, sul tema si rinvia a G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *www.sistemapenale.it*, 2020, il quale criticamente ha parlato di "scudo erariale".

<sup>126</sup> Si badi bene: l'estensione soggettiva oltre ad essere massima, è anche indeterminata, poiché la legge parla di "soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica", con ciò rimettendo alla logica giuridica del momento il confine di applicabilità.

<sup>127</sup> La difficoltà di una categorizzazione dogmatica della colpa grave rappresenta, ad oggi, il principale ostacolo ad un più disteso esercizio delle funzioni amministrative ripartite su ciascun dipendente/funziionario, nonostante gli sforzi in cui si è profusa la dottrina, vedi P. MADDALENA, *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 2, 1997, 272.

<sup>128</sup> Vedi, nello specifico, il comma 2 dell'art. 21 della legge n. 120 del 2020.

<sup>129</sup> In modo così netto si era espresso M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, in *lexitalia.it*, 8, 2020.

<sup>130</sup> Si circoscrive la portata normativa ai fatti commessi dall'entrata in vigore della legge n. 120 del 2020 fino al 31 dicembre 2021.

<sup>131</sup> Il termine del 31 dicembre 2021 è stato successivamente prorogato al 30 giugno 2023.

<sup>132</sup> Tale lettura trova conforto in quella parte della dottrina che ha salutato positivamente l'ingresso della riforma, cfr. L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio*, cit., 5.

Al netto delle forti critiche sollevate in dottrina da chi non ha colto nella novella né elementi utili a supportarne la compatibilità con i principi costituzionali che informano l'attività amministrativa<sup>133</sup>, né –ed ancora prima– una compatibilità sul piano dei principi costituzionali<sup>134</sup>, né rispondenza agli obiettivi di efficienza richiesti dal PNRR ed ai meccanismi di responsabilizzazione del decisore in ordine alla gestione delle risorse finanziarie postulate dall'Europa<sup>135</sup>, la previsione non pare essere di forte ausilio neppure per la prospettiva analizzata<sup>136</sup>.

In primo luogo l'immissione del sistema di ulteriori elementi legislativi forieri di complicazione interpretativa non contribuisce a stemperare il “rischio percepito”, che è alla base di manifestazioni di burocrazia difensiva.

Infine, il vantaggio generato può ritenersi solo apparente se solo si rammenti che ogni creazione di forme più o meno marcate di “scudo erariale” generano un fenomeno distorsivo di traslazione dei costi e degli effetti del danno pubblico, generato da un'azione amministrativa illecita non correttamente perseguita nelle sedi opportune, sulla collettività degli amministrati.

La quota di danno assorbita dall'amministrazione come contrappeso alla crescente tendenza alla responsabilizzazione del decisore pubblico che gestisce risorse erariali, deve mantenersi nei limiti della ragionevole proporzionalità, come correttamente ci ha ricordato la Corte costituzionale<sup>137</sup>.

Seguendo tale monito anche nel caso di scelte pubbliche volte a stipulare accordi transattivi, la novella può rappresentare solo un apparente allentamento dei condizionamenti amministrativi incidenti sul ricorso allo strumento transattivo da parte dell'amministrazione per risolvere varie forme di conflittualità, ma dietro il “manifesto” si dissimula un rischio ancora più eccessivo: quello di

<sup>133</sup> Vedi, in particolare S. SFRECOLA, *Danno erariale. La lezione dimenticata di Cavour*, in [www.unsognoitaliano.eu](http://www.unsognoitaliano.eu), novembre 2020.

<sup>134</sup> Una critica di possibile incostituzionalità è mossa da L. CARBONE, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. 'decreto semplificazioni'*, in *Federalismi*, 30, 2020, qui 22 e ss., che pone in dubbio il rispetto del regime dettato dall'art. 77 Cost. e rileva come una non ragionevole limitazione della responsabilità erariale incida sulla necessità di valorizzare l'efficienza dell'amministrazione e di salvaguardia dell'interesse finanziario pubblico e consolidi una deresponsabilizzazione della politica nei confronti del corpo sociale, minando la base dell'ordinamento democratico.

<sup>135</sup> Non solo: la nuova dimensione europea delle risorse pubbliche disponibili sul piano nazionale sembra aver assegnato alla Corte dei conti, ad assetto strutturale invariato, nuovi compiti e nuovi obiettivi, complessi e performanti in ragione dell'interlocutore europeo con cui è chiamata a relazionarsi, vedi, per alcuni rilievi d'insieme, A. POLICE, *La Corte dei conti garante dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza: l'importanza strategica del controllo concomitante*, in *Riv. Corte conti*, 5, 2021, 1; ID., *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia “nelle fasi avverse del ciclo economico*, in *Riv. Corte conti*, 4, 2020, 1.

<sup>136</sup> In merito G. RIVOSECCHI, *La Corte dei conti ai tempi del “Recovery plan”: quale ruolo tra responsabilità amministrativa contabile, semplificazioni e investimenti*, in *Federalismi*, 20, 2021.

<sup>137</sup> Il riferimento è alla storica pronuncia Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371.

dar vita a tipologie di accordi transattivi i cui possibili effetti pregiudizievoli per le risorse pubbliche non verranno mai indagati dal giudice delle responsabilità pubbliche, generando costi collettivi insanabili.

Transigere di più, ma transigere peggio.

## 6. *Riflessioni conclusive*

Lo scenario evocato porterebbe a risultati paradossali che è bene scongiurare, tentando strade interpretative alternative.

In tale ottica allora sarebbe forse auspicabile che, in luogo della prospettiva di progressiva deresponsabilizzazione dell'attività pubblica, si sostituisse, specialmente nel caso di decisioni pubbliche volte ad impiegare modelli non giurisdizionali di composizione delle controversie che sfociano in negozi transattivi, una più attenta responsabilizzazione dell'operato del giudice chiamato ad accertare quella responsabilità amministrativa eventualmente scaturita dal contratto di transazione.

Risultato conseguibile soltanto con una migliore funzionalizzazione dell'articolazione dei compiti pubblici<sup>138</sup> e con il concomitante perfezionamento sostanzialistico del sindacato contabile in materia di responsabilità<sup>139</sup>, che si liberi in modo definitivo da forme di giudizio estrinseco e parametrico, ma senza invadere sfere dell'insindacabilità del merito amministrativo e con il supporto di un legislatore più attento alla precisazione dei confini dell'elemento soggettivo rilevabile ai fini di una responsabilizzazione<sup>140</sup>.

Che quanto prospettato divenga funzionale ad una auspicabile riduzione della modalità difensiva di svolgimento dei compiti pubblici assegnati alle amministrazioni, appare supportato anche da quanto di recente proposto dalla dottrina durante la fase conoscitiva nell'ambito dell'*iter* di esame parlamentare del disegno di legge n. 1883 (d-l 76/2020 semplificazioni)<sup>141</sup>, laddove si rimarcava la necessità

---

<sup>138</sup> Vedi A. CASSATELLA, *Le responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in *La decisione amministrativa*, a cura di M. RENNA, R. URSI, Napoli, 2021, 153.

<sup>139</sup> Verso tale conclusione sembra orientarsi anche G. D. COMPORI, *La responsabilità erariale*, cit., 125 e ss.

<sup>140</sup> In merito, per una interessante prospettiva di analisi comparata vedi C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Giurisprudenza europea e nazionale a confronto*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Torino, 2016, cit., 169.

<sup>141</sup> In particolare vedi il contributo di S. Cimini, presentato il 20 agosto 2020 in Senato, alle Commissioni Riunite I e VIII, nell'ambito dell'attività conoscitiva svolta in relazione all'esame del disegno di legge n. 1883 (rinvenibile sul sito del Senato, fra gli atti preparatori del d.l. 76/2020), in cui si specifica che "il problema della burocrazia difensiva non sta nella colpa grave ma nella

di intervenire sul piano normativo per tipicizzare la nozione di colpa grave ai fini di una uniformità nell'elemento soggettivo della responsabilità erariale.

Un ausilio in tale direzione giunge anche dagli strumenti processuali oggi disponibili dalle Procure e dalla magistratura contabile in virtù dell'entrata in vigore del Codice del processo davanti alla Corte dei conti, il quale, seppure salutato con qualche perplessità in ordine al potenziale legislativo rimasto inespresso in sede elaborazione governativa<sup>142</sup>, ha attualizzato, completato e reso sistematico un modello processuale in evidente disaccordo con il paradigma del giusto processo<sup>143</sup>.

Del resto, nell'auspicio di una evoluzione del sindacato del giudice contabile in una direzione più aderente ai principi di effettività e pienezza della giurisdizione, a ripristinare l'equilibrio di un rapporto alterato fra amministrazione e giudice contabile, potrebbero aiutare apposite tipologie di studi ed analisi condotte, con un metodo sperimentale "evidence-based" ben approfondito in dottrina<sup>144</sup>, sulle fonti giudiziarie formatesi in seno alla magistratura contabile.

Il sistema suggerito, non nuovo e già impiegato nell'ambito penalistico per la misurazione del fenomeno corruttivo inverteatosi nella fattispecie tipica del reato di corruzione, presenta una serie di vantaggi immediati: è esportabile in altri contesti, muove sempre da un dato reale e mira ad ottenere un effetto preventivo per il futuro.

Applicato in tale contesto, tale approccio metodologico consentirebbe, per il tramite dell'esame delle pronunce adottate dal giudice contabile in ordine ai giudizi di responsabilità conclusi su fattispecie di danno erariale arrecato da negozi transattivi stipulati dalla pubblica amministrazione, di ricondurre alla realtà fattuale l'intervento della Corte dei conti in tale ambito.

Dalla verifica condotta sul piano reale emerge con una certa nitidezza che, la prevalenza di giudizi su cui si concentra il sindacato contabile in tale ambito, si

---

vaghezza di questa nozione che lascia ampi margini di discrezionalità al giudice", giungendo conseguentemente a sollecitare un intervento specificativo del legislatore volto proprio a definire, nella direzione suggerita, il concetto di colpa grave, così scongiurando che dietro ad una fumosità normativa si celino i rischi di una interpretazione variabile, che attiva meccanismi di burocrazia difensiva.

<sup>142</sup> Vedi M. CLARICH, F. LUISO, A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in *Dir. proc. Amm.*, 2016, 4, 1276.

<sup>143</sup> Per una analisi critica dell'istruzione probatoria processuale anteriormente all'ingresso del Codice e per i dubbi di compatibilità costituzionale del vecchio modello processuale si veda, anche per i riferimenti a dottrina e giurisprudenza, se si vuole, V. GIOMI, *Il sistema delle prove nei giudizi dinanzi alla Corte dei conti*, Torino, 2011; A. ODDI, *Il "giusto processo" dinanzi alla Corte dei Conti*, Napoli, 2010; F. SAITTA, *Istruttoria del processo contabile nello spirito del novellato art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2005, 6, 245.

<sup>144</sup> Il riferimento è allo studio condotto da M. F. ROMANO, G. MORGANTE, A. BALDASSARINI, G. DI VETTA, P. PAVONE, *La misurazione della corruzione attraverso le sentenze della magistratura*, in *Federalismi*, 33, 2020.

riduce entro lo stretto perimetro dell'indagine in ordine al nocumento arrecato dal danno indiretto, provocato dall'impegno economico sostenuto dall'amministrazione, all'esito di un accordo transattivo intervenuto per porre fine ad una lite in corso o per prevenire una lite futura, con verosimigliante prospettiva di soccombenza per l'amministrazione.

In tutti questi casi, la transazione conclusa si limita a costituire il presupposto fattuale per l'indagine in ordine ai profili di responsabilità che investono il funzionario o il dipendente che ha generato, con una colpevole o dolosa condotta attiva o omissiva, l'evento dannoso generatore di conflitto, sfociato nella soluzione stragiudiziale, onerosa per l'amministrazione.

L'indagine diretta sul rapporto transattivo concluso dall'amministrazione, non viene effettuata, nella prevalenza delle decisioni che la presuppongono, se non nei limiti del sindacato estrinseco della ragionevolezza, pertanto non tale evenienza non aggiunge alcun elemento deterrente in grado di condizionare future scelte amministrative in ordine a possibili ricorsi a una soluzione transattiva come "efficacissimo strumento di pacificazione sociale"<sup>145</sup>.

A ben vedere, quindi, la corrispondenza fra il rischio percepito ed il rischio occorso torna a disallinearsi, riportando l'idea di un "maggior" pericolo di incorrere in un giudizio di responsabilità in conseguenza del tipo di scelta condotta, entro il "normale" rischio occorso laddove l'azione amministrativa sia foriera di un nocumento pubblico generato da un comportamento dolosamente irresponsabile del dipendente pubblico.

In conclusione, se il filtro di indagine suggerito servisse anche solo a frenare il meccanismo generatore della perniziosa "burocrazia difensiva", si giungerebbe a rimuovere un importante disincentivo alla soluzione consensuale dei conflitti amministrativi per via transattiva, con un innegabile beneficio collettivo.

---

<sup>145</sup> La nota espressione è di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 87.

### Abstract

Il lavoro mette in connessione la scelta pubblica di concludere accordi transattivi fra amministrazione e privati con i rischi derivanti dall'esistenza di un'amministrazione difensiva. Dopo aver fornito una perimetrazione giuridica del concetto di burocrazia difensiva l'attenzione è rivolta a verificare, con l'ausilio della giurisprudenza contabile, se sussista un condizionamento fra quest'ultima e le ipotesi di ricorso alla transazione come forma di risoluzione della conflittualità amministrativa. L'obiettivo è quello di stabilire se il rischio di un possibile sindacato di responsabilità amministrativo contabile in ordine ad eventuali danni erariali, configurabili all'esito della scelta pubblica di transigere, incida negativamente sulla conclusione del rapporto transattivo o sulla definizione del contenuto della medesima. Il quadro analizzato lascia emergere che il timore di futuri giudizi contabili costituisce un fattore determinante di ogni scelta pubblica a contenuto discrezionale, con particolare incidenza su quella transattiva. Ciò ha creato un freno allo sviluppo di una buona amministrazione, con la conseguente limitazione del ricorso pubblico agli strumenti di composizione pacifica e satisfattiva degli interessi che, con particolare riferimento alla transazione, assicurino una "pacificazione sociale" vantaggiosa innanzi tutto per l'amministrazione. I recenti interventi legislativi sulla responsabilità pubblica non hanno generato l'auspicato miglioramento, ma hanno contribuito a complicare la situazione e ad alimentare i timori dell'amministrazione nell'impiego degli strumenti caldeggiati. Si ritiene, quindi, che soltanto una migliore funzionalizzazione dei compiti pubblici responsabilizzanti, unitamente ad un sindacato giuscontabile più pieno ed effettivo possa restituire alla transazione amministrativa lo spazio che merita in rapporto al miglior perseguimento del pubblico interesse.

Courts of auditors and administrative decision to reach a settlement: between defensive bureaucracy and perceived risks

The paper analyzes the connections between the transactions concluded by the public administration and the defensive bureaucracy. The risk of an administrative liability judgment conditions the stipulation and content of the settlement agreements concluded by the administration, in order to avoid or resolve disputes that have arisen with private individuals. The effect produced is a lesser use of the instrument of the settlement by the administration, with a consequent loss for the administration to use important tools of social pacification and resolution of administrative conflicts. Recent legislative reforms that renewed some aspects of administrative responsibility have not generated positive results but, on the contrary, they have made the regulatory framework even more complex,

increasing the administration's fears of resorting to transactions. I believe that only a better definition of public tasks and responsibilities and an improvement in the type of syndication offered by the Court of Auditors can enhance the use of administrative settlement.



# Sull'applicabilità in materia tributaria della penalità di mora prevista dal codice di procedura civile

di Chiara Gioè

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La disciplina della penalità di mora prevista dall'art. 614 *bis* c.p.c. – 3. Sull'applicabilità della penalità di mora in materia tributaria. – 4. Notazioni conclusive.

## 1. *Considerazioni preliminari*

In materia tributaria, a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. 24 settembre 2015 n. 156, è stato definitivamente sancito a livello normativo il principio dell'immediata esecutività di tutte le sentenze tributarie favorevoli al contribuente, anche se non definitive<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nella sua nuova formulazione l'art. 69 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, prevede, da un lato, l'immediata esecutività delle sentenze anche in favore del contribuente e, dall'altro, la possibilità per quest'ultimo di ricorrere al giudizio di ottemperanza nel caso di mancata esecuzione della pronuncia da parte dell'Ufficio. Nonostante tale principio fosse già affermato a livello giurisprudenziale anche prima della riforma del 2015 e potessero in ogni caso ritenersi applicabili al riguardo le norme del codice di rito, l'amministrazione finanziaria, in vigenza della precedente normativa, riconosceva alle pronunce non definitive effetti differenti a seconda del soggetto soccombente, attribuendo immediata efficacia esecutiva alle sole pronunce favorevoli all'ufficio e ritenendo, invece, necessario il previo passaggio in giudicato per l'esecutività di quelle a favore del contribuente. La riforma attuata con il d.lgs. n. 156/2015 sulla revisione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario, in attuazione della delega fiscale (l. 11 marzo 2014, n. 23) ha comportato la completa riscrittura dell'art. 69 del d.lgs. n. 546/1992, rinominando anche la sua rubrica da "Condanna dell'ufficio al rimborso" ad "Esecuzione delle sentenze di condanna in favore del contribuente". Per un commento alla norma si rinvia a C. CONSOLO, C. GLENDI, *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Padova, 2017, voce art. 69, 918 ss. In argomento v. anche E.A. SEPE, *Nuove regole sull'esecutività delle sentenze e misure cautelari successive*, in *Il fisco*, 2016, 38 ss. Sugli effetti della sentenza di annullamento di un atto impositivo, non ancora passata in giudicato, si veda da ultimo M. BASILAVECCHIA, *Sentenza di annullamento e giudizio di ottemperanza*, in *G.T.*, 2019, 83 ss. Sull'applicazione del principio di immediata esecutività delle sentenze anche quando abbiano ad oggetto tributi doganali, cfr. C. GIOÈ, *Sull'esecuzione delle sentenze tributarie nei confronti dell'agenzia delle dogane*, in *Rass. trib.*, 2019, 774 ss. Secondo la normativa previgente se il giudizio davanti ai giudici tributari si concludeva con una sentenza di condanna dell'amministrazione al pagamento di somme (ivi comprese le spese di giudizio) a favore del contribuente, per ottenere il rimborso era invece necessario che la stessa sentenza fosse passata in giudicato. La dottrina ha sollevato in più occasioni dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 69 del d.lgs. n. 549/1992, nella vecchia formulazione, sotto il profilo della violazione dell'art. 3 della Costituzione, evidenziando come l'esecuzione della sentenza, sia nei confronti del contribuente che dell'amministrazione finanziaria, avrebbe dovuto far leva esclusivamente sul grado di affidabilità della pronuncia emessa in un certo grado di giudizio, senza tener conto di quale fosse il soggetto soccombente. Per un commento

Ne discende l'obbligo, per l'amministrazione che dovesse risultare soccombente, di adottare tutti i comportamenti e gli atti necessari per dare attuazione a quanto disposto dal giudice e garantire l'effettivo soddisfacimento del diritto soggettivo leso.

Nel giudizio tributario di annullamento, se a volte la rimozione dell'atto dichiarato illegittimo risulta già pienamente soddisfacente, altre volte potrebbe non essere sufficiente, rendendosi necessaria un'attività in positivo dell'amministrazione, consistente, ad esempio, nella cancellazione dell'iscrizione a ruolo, o di un provvedimento cautelare (ipoteca o fermo amministrativo) già adottato.

In ambito processual-civilistico l'art. 614 *bis* c.p.c. prevede uno strumento di coazione indiretta, finalizzato a stimolare l'esecuzione spontanea delle sentenze di condanna all'adempimento di obbligazioni diverse dal pagamento delle somme di denaro.

Si tratta della c.d. penalità di mora – o *astreinte* – dal nome del corrispondente istituto francese<sup>2</sup>, introdotta in materia civile con la l. 18 giugno 2009, n. 69<sup>3</sup>.

Segnatamente l'art. 614 *bis* c.p.c., sotto la rubrica "Misure di coercizione indiretta", prevede che «con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza»<sup>4</sup>.

---

all'art. 69 del d.lgs. n. 546/1992, nella versione precedente alle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 156/2015, si rimanda, senza alcuna pretesa di esaustività, a C. CONSOLO, C. GLENDI, *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Padova, 2012, voce art. 69, 793 ss.; F. RANDAZZO, *L'esecuzione delle sentenze tributarie*, Milano, 2003, 168 ss.; ID., *Annullamento dell'accertamento con sentenza non ancora passata in giudicato ed "effetti ripristinatori"*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 923 ss.; G. FRANSONI, *Giudicato tributario e attività dell'amministrazione finanziaria*, 2001, 388 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Il processo Tributario*, a cura di F. TESAURO, Torino, 1998, 935; A. MERCATALI, *La nuova normativa del contenzioso tributario: riflessioni a caldo sulle "guide" del nuovo processo e sulla problematica emergente*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, 232.

<sup>2</sup> Sull'istituto francese dell'*astreinte* cfr. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 727 ss. A differenza di quanto previsto dalla normativa italiana, le misure coercitive francesi possono essere assunte anche d'ufficio e possono essere concesse anche per le prestazioni fungibili, con riferimento ad ogni provvedimento di condanna, qualunque ne sia il contenuto. In argomento v. anche A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparativistico*, Napoli, 2019. Per un esame dell'origine giurisprudenziale dell'*astreinte* cfr. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020, 33 ss.

<sup>3</sup> L'art. 614 *bis* è stato inserito all'interno del codice di procedura civile dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la competitività nonché in materia di processo civile), in vigore dal 4 luglio 2009, che ha introdotto nel nostro ordinamento, per la prima volta con portata generale, la disciplina delle misure di coercizione indiretta.

<sup>4</sup> Nel determinare la somma dovuta per ogni violazione il giudice dovrà tenere conto di alcuni parametri, come il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o

Anche in ambito amministrativo è stata introdotta una norma analoga a quella civilistica, che prevede l'applicazione di una penalità di mora, all'interno della disciplina sul giudizio di ottemperanza<sup>5</sup>.

Invero, l'art. 114, lett. e) del c.p.a. prevede che «salvo che sia manifestamente iniquo e purché non sussistano altre ragioni ostative, il collegio fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo».

Mentre l'art. 114 del c.p.a. ha previsto la comminatoria della penalità di mora solo innanzi al giudice dell'esecuzione, a fronte di un adempimento che già si è verificato<sup>6</sup>, nel processo civile la penalità di mora disciplinata dall'art. 614 *bis* c.p.c. risulta applicabile solo contestualmente alla sentenza di cognizione e avendo riguardo all'ipotetico inadempimento<sup>7</sup>.

È per questo che l'*astreinte* prevista dal codice di procedura civile si dice ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a condanna condizionata al fatto eventuale dell'inadempimento del precetto giudiziario, nel termine all'uopo contestualmente fissato.

Al di là delle differenze testuali che emergono dall'esegesi delle due disposizioni sopra richiamate – art. 114, lett. e) c.p.a. e art. 614 *bis* c.p.c. – è possibile individuarne la comune *ratio*, che è quella di stimolare l'adempimento attraverso la previsione di una sanzione che verrà applicata soltanto in caso di mancato assolvimento degli obblighi derivanti dalla sentenza<sup>8</sup>.

All'interno del decreto sul processo tributario non si rinviene alcuna norma che disciplini l'istituto dell'*astreinte*.

Nelle considerazioni che seguono verrà esaminata la possibilità di estendere

---

quello prevedibile, le condizioni personali e patrimoniali dalle parti e ogni altra circostanza utile, cfr. art. 614 *bis*, comma 2, c.p.c.: «Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».

<sup>5</sup> Sul giudizio di ottemperanza nel diritto amministrativo, v. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021, 936 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 584 ss.; R. DIPACE, *Il giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2020, 633 ss.

<sup>6</sup> Va tuttavia segnalato un orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'istituto dell'*astreinte* nel processo amministrativo troverebbe applicazione non solo nel giudizio di ottemperanza, potendo essere disposto anche nel giudizio di cognizione, con la sentenza di merito, cfr. Con. St. ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7. In argomento cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 387.

<sup>7</sup> In questo senso cfr. Cons. St., ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15. Altra differenza è che l'art. 114 del c.p.a., a differenza dell'art. 614 *bis* c.p.c. si ritiene applicabile anche alle sentenze di condanna aventi ad oggetto obbligazioni pecuniarie, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 15/2014.

<sup>8</sup> Cfr. A. MENDOLIA, *La penalità di mora e l'ammissibilità di una sua revisione nel giudizio per chiarimenti*, in *rivista.camminodiritto*, 2021.

la norma contenuta all'interno dell'art. 614 *bis* c.p.c. alla materia fiscale, in forza del rinvio generale alle norme del codice di procedura civile, contenuto nel comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 546/1992<sup>9</sup>.

## 2. *La disciplina della penalità di mora prevista dall'art. 614 bis c.p.c.*

La penalità di mora – o *astreinte* –, disciplinata dall'art. 614 *bis* del c.p.c., consiste nella condanna alla corresponsione di un importo in denaro – avente natura accessoria rispetto alla pronuncia principale – quantificato per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, che ha lo scopo di pressare sulla volontà del debitore, al fine di indurlo ad eseguire spontaneamente quanto statuito nei suoi confronti dal provvedimento giudiziale.

Si tratta segnatamente di uno strumento di coazione indiretta, che mira a stimolare l'attuazione delle sentenze di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento delle somme di denaro.

La tecnica dell'esecuzione indiretta, è diversa da quella dell'esecuzione forzata diretta, perché diversa è l'aspettativa dell'ordinamento rispetto al comportamento dell'obbligato.

Nell'esecuzione forzata *diretta* si punta a realizzare il credito facendo a meno del comportamento dell'obbligato, presupponendo la totale mancanza di cooperazione da parte di quest'ultimo.

Nell'esecuzione *indiretta*, invece, per la realizzazione del credito l'ordinamento fa affidamento proprio sulla cooperazione del soggetto soccombente; la prospettiva di subire una conseguenza negativa nell'ipotesi di mancato adempimento, stimola la collaborazione del soggetto<sup>10</sup>.

La finalità dell'*astreinte* è pertanto di tipo deterrente, non risarcitoria.

Lo scopo dell'istituto non è elidere il danno conseguente alla mancata esecuzione della prestazione, ma indurre l'obbligato ad uniformarsi alla decisione del giudice, attraverso la previsione di una sanzione in caso di disobbedienza.

Si tratta, in altri termini, di una condanna anticipata al pagamento di una somma di denaro in favore della parte vittoriosa, che diventa attuale soltanto in caso di inadempimento.

<sup>9</sup> Sul ruolo del codice civile e la sua applicazione in materia tributaria, cfr. C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1997, 152 ss.

<sup>10</sup> «È ovvio che una simile tecnica è utile soprattutto quando ci si trova di fronte ad obblighi infungibili, quindi a situazioni per le quali la tradizionale esecuzione forzata diretta (in forma specifica o generica) si rivela un'arma spuntata», F.M.A. MORABITO, *La penalità di mora nel diritto processuale amministrativo italiano*, in *osservatorioientilocali.unirc.it*. Analoga funzione deterrente assolve l'istituto in materia amministrativa. Invero, «la parte inadempiente ha interesse a dare sollecita esecuzione alla sentenza per evitare di corrispondere al ricorrente un importo destinato a lievitare nel tempo», A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 386.

Il testo dell'art. 614 *bis* c.p.c., nella sua formulazione originaria, non poneva limiti alla tipologia di obbligazioni cui era riferibile, ma la relativa rubrica, "Attuazione degli obblighi di fare e di non fare", ne limitava di fatto l'applicabilità alle sole obbligazioni di fare infungibili, o di non fare.

Nel 2015 il contenuto della norma è stato modificato ed è stato introdotto, nel corpo dell'articolo, il riferimento espresso alle obbligazioni alle quali l'istituto risulta applicabile, ossia tutti gli obblighi diversi dal pagamento dalle somme di denaro. Anche la precedente rubrica è stata sostituita con l'espressione più generica "Misura di coercizione indiretta"<sup>11</sup>.

L'ambito di operatività dell'art. 614 *bis* c.p.c., nella sua nuova formulazione, riguarda i casi in cui le procedure di esecuzione forzata previste dal codice di rito non possono trovare applicazione, o risulterebbero comunque non del tutto soddisfattive per il creditore.

Il riferimento va, pertanto, oltre che alle obbligazioni di *facere* infungibili<sup>12</sup> e a quelle di non *facere*, anche a tutte le ipotesi di adempimento di obblighi diversi dal pagamento delle somme di denaro<sup>13</sup>.

L'*astreinte* può essere concessa, su richiesta di parte, soltanto dal giudice della cognizione, come accessorio ad un provvedimento di condanna.

Il giudice non ha l'obbligo di accogliere l'istanza presentata dal creditore, ma al contrario è dotato di un ampio potere discrezionale, che gli consente di valutare l'opportunità di concedere la misura, o di non ammetterla nei casi in cui essa risulti manifestante iniqua nel caso concreto<sup>14</sup>.

Nella determinazione della somma da far pagare al debitore inadempiente, per l'inosservanza o il ritardo nell'esecuzione dell'obbligo derivante dalla sentenza, il giudice dovrà avere riguardo a diversi parametri, come il valore della causa, la natura della prestazione e del danno, le condizioni patrimoniali delle parti e ogni altra circostanza utile.

Si tratta di una disposizione molto generica, che di fatto lascia ampio margine di discrezionalità al giudice.

L'intento è quello di evitare che attraverso la misura coercitiva i creditori possano godere di un ingiustificato arricchimento, incamerando una somma superiore al reale danno subito.

---

<sup>11</sup> Cfr. art. 13, comma 1, lett. c-ter), d.l. 27 giugno del 2015, n. 83, convertito nella l. 6 agosto 2015, n. 132.

<sup>12</sup> Se l'oggetto della condanna riguarda un *facere* fungibile non è strettamente necessaria la collaborazione del soggetto e l'adempimento della prestazione prescinde dal fatto che egli ponga in essere il comportamento che soddisfa l'interesse del creditore.

<sup>13</sup> Come i casi di condanna, in sede civile, alla consegna o al rilascio.

<sup>14</sup> Anche nel diritto amministrativo, il giudice dell'ottemperanza non ha l'obbligo di accogliere automaticamente la richiesta di corresponsione della penalità di mora di cui all'art. 114 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, essendo lo stesso dotato di un ampio potere discrezionale che gli consente di effettuare una valutazione ostantiva alla liquidazione per manifesta iniquità, cfr. Cons. St., Sez. IV, 14 giugno 2019, n. 3997; Cons. St., Sez. IV, 13 maggio 2019, n. 3065.

Anche se tra i parametri di misurazione è incluso il criterio del “danno quantificato o prevedibile”, la misura coercitiva non assolve – come si è evidenziato – ad una concorrente funzione indennitaria, perché la somma dovuta non è diretta a compensare il danno.

Diversamente da quanto avviene nelle azioni risarcitorie, in questo caso la quantificazione della penalità di mora avviene prima dell’eventuale verificarsi dell’inadempimento e prescinde dalla prova, o anche solo dalla rappresentazione di un danno futuro.

La peculiarità dell’istituto è rappresentata dal fatto che il provvedimento costituisce titolo esecutivo<sup>15</sup>, con la conseguenza che al semplice verificarsi dell’inadempimento o del ritardo nell’adempimento, il creditore potrà immediatamente avviare l’azione esecutiva, senza necessità di ottenere previamente alcun altro provvedimento giudiziario che accerti l’effettiva sussistenza del suddetto inadempimento o ritardo<sup>16</sup>.

Sarà onere, eventualmente, del debitore dimostrare di avere ottemperato agli obblighi imposti dal giudice, attraverso l’opposizione all’esecuzione.

### 3. *Sull’applicabilità della penalità di mora in materia tributaria*

Con la legge 18 giugno 2009, n. 69 sono state introdotte sostanziali modifiche al codice di procedura civile, con l’intento primario di imprimere una forte accelerazione ai tempi del giudizio.

Molte di tali innovazioni hanno assunto rilevanza anche nel processo tributario<sup>17</sup>, in forza del rinvio generale alle disposizioni del codice di procedura civile contenuto nel comma 2 dell’art. 1 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Per valutare la possibilità di applicare anche il disposto dell’art. 614 *bis* c.p.c. alla materia fiscale occorre svolgere alcune considerazioni preliminari.

Nel processo tributario, dove le azioni esperibili sono esclusivamente di annullamento o di condanna al rimborso, è difficile che la sentenza contenga una condanna avente per oggetto un obbligo di fare, o di non fare, diverso da quello di pagamento di una somma di denaro.

Tuttavia, esistono degli effetti, indiretti o impliciti, che discendono dalla sen-

<sup>15</sup> In argomento A. PROTO PISANI, *Note personali e no a margine dell’art. 614 bis c.p.c.*, in *Rass. esec. for.*, 2019, 3 ss.

<sup>16</sup> Cfr. Tribunale Piacenza 2 gennaio 2020.

<sup>17</sup> Tra le modifiche applicabili al processo tributario si ricordi, tra le altre, quella relativa al *termine (lungo) di impugnazione*. In caso di mancata notifica della sentenza, il termine per proporre impugnazione, a seguito della modifica apportata all’art. 327, comma 1, del codice di procedura civile, è ridotto da 1 anno a 6 mesi. In argomento, cfr. M. DI FIORE, *Prime riflessioni sull’applicazione al processo tributario delle modifiche al codice di procedura civile*, in *Il fisco*, 2009, 6773 ss.

tenza, per l'esecuzione dei quali potrebbe essere disposto dal giudice tributario un obbligo di fare o di non fare a carico dell'amministrazione.

Si pensi agli obblighi conseguenti ad una pronuncia di annullamento dell'atto impugnato – quali la cancellazione dell'iscrizione a ruolo, dell'iscrizione ipotecaria, o del fermo amministrativo – ai quali l'ufficio non dia spontanea esecuzione.

Analoghi obblighi<sup>18</sup> potrebbero derivare anche da un'ordinanza di sospensione dell'atto impugnato (o della sentenza impugnata<sup>19</sup>), il cui inadempimento potrebbe produrre quel danno grave ed irreparabile in forza del quale è stato concesso il provvedimento cautelare.

Considerando le non poche difficoltà che sovente si riscontrano nella prassi per ottenere l'adempimento spontaneo da parte dell'ufficio di siffatti obblighi e anche al fine di riequilibrare, soprattutto sul piano dell'esecuzione, la posizione della parte privata con quella pubblica, l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. risulta indubbiamente di grande ausilio.

In tali ipotesi il contenuto della sentenza che disponga l'annullamento dell'atto impugnato dovrebbe essere integrato, su istanza del contribuente, con la previsione di un obbligo di fare per l'ufficio (consistente, ad esempio, nella cancellazione dell'iscrizione a ruolo, dell'ipoteca o del fermo amministrativo) e della condanna al pagamento di una penalità di mora, in caso di inadempimento o ritardato adempimento, di tale obbligo.

Il ritardo nell'esecuzione può causare gravi danni al contribuente anche in presenza di pronunzie di annullamento dalle quali discenda soltanto l'obbligo per l'amministrazione di cancellazione dell'iscrizione a ruolo e non anche quello di restituzione di somme (come nell'ipotesi in cui in pendenza di giudizio non sia stato versato alcun importo dal soggetto passivo).

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie – non rara – in cui l'assicurazione, appresa la notizia di iscrizioni a ruolo a carico di un imprenditore, revochi le garanzie prima concesse ai fornitori per le somme dovute dal soggetto passivo, con la conseguenza che a questi potrà essere richiesto il pagamento anticipato su tutti gli acquisti effettuati, anziché quello posticipato (a novanta o centoventi giorni dalla consegna), come di regola avviene nella prassi commerciale.

Ancora, si consideri la difficoltà di ricevere finanziamenti da parte degli istituti di credito, collegata alla sussistenza di iscrizioni a ruolo, benché fondate su atti emessi dall'Agenzia delle entrate già annullati dalla Commissione tributaria.

Il giudicato, pertanto, può non avere effetto immediatamente satisfattivo anche quando comporti l'annullamento di un atto impositivo.

La collocazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. all'interno della sezione del codice di

---

<sup>18</sup> Sospensione del ruolo, cancellazione dell'iscrizione ipotecaria e del fermo amministrativo.

<sup>19</sup> In argomento cfr. L. SALVINI, *La sospensione dell'esecutività della sentenza e dell'esecuzione dell'atto impugnato nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2020, 182 ss.

procedura civile relativa all'esecuzione<sup>20</sup> non può servire ad escluderne l'applicabilità in ambito tributario, per il fatto che, a seguito della riforma del 2015, sia stato espunto dall'art. 70 del d.lgs n. 546/1992 l'inciso «salvo quanto previsto dalle norme del codice di procedura civile per l'esecuzione forzata della sentenza di condanna costituente titolo esecutivo...»<sup>21</sup>.

La norma in commento, invero, non disciplina una “procedura esecutiva civile” per l'esecuzione forzata della sentenza di condanna – ipotesi originariamente prevista e poi espunta dall'art. 70 del d.lgs. n. 546/1992 – ma prevede uno strumento di coercizione indiretta, finalizzato ad incentivare l'adempimento spontaneo degli obblighi che derivano dalla sentenza.

Come emerge chiaramente dalla norma, invero, la misura coercitiva può essere concessa solo dal giudice della cognizione, come accessorio ad un provvedimento di condanna, e non anche dal giudice dell'esecuzione.

Sull'istanza del contribuente per ottenere la penalità di mora ex art. 614 *bis* c.p.c. dovrà pronunziarsi la Commissione tributaria con la stessa sentenza con la quale decide il merito, non il giudice dell'ottemperanza, come avviene invece nel processo amministrativo ai sensi dell'art. 114 c.p.a.

In materia tributaria, in particolare, il provvedimento giudiziale al quale può ancorarsi la misura può essere una sentenza di annullamento, o un provvedimento cautelare, nei quali sia contenuta anche una specifica condanna dell'ufficio alla cancellazione dell'iscrizione a ruolo già effettuata, dell'ipoteca o del provvedimento di fermo amministrativo già iscritti.

In ogni caso – ci si sente di precisare – la frase espunta dall'art. 70 con la riforma del 2015 costituiva in realtà una ripetizione di quanto già previsto, in termini generali, dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 546/1992, che dispone il rinvio alle norme del codice di procedura civile, per tutto quanto da esso non disposto e con esso compatibile.

<sup>20</sup> L'art. 614 *bis*, che rubrica “Misura di coercizione indiretta”, è inerito all'interno del Libro III (*Del processo di esecuzione*), Titolo IV *bis* (*Delle misure di coercizione indirette*) del codice di procedura civile.

<sup>21</sup> Nella sua precedente formulazione il comma 1 dell'art. 70 del d.lgs n. 546/1992 prevedeva: «Salvo quanto previsto dalle norme del codice di procedura civile per l'esecuzione forzata della sentenza di condanna costituente titolo esecutivo, la parte che vi ha interesse può richiedere l'ottemperanza agli obblighi derivanti dalla sentenza della commissione tributaria passata in giudicato mediante ricorso da depositare in doppio originale alla segreteria della commissione tributaria provinciale, qualora la sentenza passata in giudicato sia stata da essa pronunciata, e in ogni altro caso alla segreteria della commissione tributaria regionale». A seguito della modifica apportata dall'art. 9, comma 1, lett. *ii*), n. 2), del d.lgs. n. 156/2015, il comma 1 dell'art. 70 del d.lgs. n. 546/1992 oggi prevede: «La parte che vi ha interesse può richiedere l'ottemperanza agli obblighi derivanti dalla sentenza della commissione tributaria passata in giudicato mediante ricorso da depositare in doppio originale alla segreteria della commissione tributaria provinciale, qualora la sentenza passata in giudicato sia stata da essa pronunciata, e in ogni altro caso alla segreteria della commissione tributaria regionale».

La diversa interpretazione, a favore della esclusività del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze tributarie, rende la nuova formulazione dell'art. 70 censurabile sotto il profilo dell'illegittimità costituzionale, rispetto ai principi di ragionevolezza, di uguaglianza ed effettività della tutela giurisdizionale, perché postula l'esclusione del procedimento esecutivo civile soltanto per la realizzazione del credito di natura fiscale, a differenza di quanto previsto per ogni altro credito<sup>22</sup>.

La penalità di mora, come sopra evidenziato, non può essere disposta d'ufficio, ma soltanto su istanza di parte, a seguito di una valutazione discrezionale operata dal giudice di merito.

La formulazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. induce a ritenere che la domanda non debba contenere indicazioni circa il rischio concreto di inadempimento del giudicato da parte dell'ufficio. Si è dell'opinione, tuttavia, che l'istanza debba essere accompagnata dalla specifica dimostrazione dell'interesse del contribuente.

L'*astreinte*, invero, potrà essere concessa qualora dalla richiesta motivata della parte risulti il pregiudizio che deriverebbe all'eventuale inadempimento da parte dell'ufficio degli obblighi consequenziali alla pronuncia di annullamento. La misura in ogni caso non potrebbe essere disposta con decorrenza anteriore allo scadere del termine previsto per l'adempimento spontaneo.

La richiesta di applicazione della penalità di mora, benché avanzata al giu-

---

<sup>22</sup> La circostanza che con la riforma del 2015, attuata dal d.lgs. n. 156/2015, siano state soppresse, dall'art. 70 d.lgs. n. 546/1992, le parole «...salvo quanto previsto dalle norme del codice di procedura civile per l'esecuzione della sentenza di condanna costituente titolo esecutivo...» non ha privato il contribuente del diritto di agire per l'espropriazione forzata civile. Nella relazione illustrativa al decreto di riforma del 2015 è stata evidenziato che la preferenza del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze tributarie risulta giustificata dalla peculiarità di tali sentenze, che richiedono spesso anche il calcolo, non agevole, delle somme dovute a titolo di rimborso di imposta, dalla particolare efficacia della procedura prevista dall'art. 70 d.lgs. n. 546/1992, che consente, attraverso la nomina di un commissario ad acta, di ottenere in tempi relativamente brevi l'adempimento dell'amministrazione e dal fatto che l'ordinaria procedura esecutiva, oltre ad aggravare lo stato della giustizia civile, spesso non garantisce il pieno soddisfacimento dell'interesse del contribuente, anche per le note difficoltà di agire in via esecutiva sui beni di soggetti pubblici. Tali argomentazioni, certamente condivisibili, non possono ritenersi sufficienti, tuttavia, ad attribuire al giudizio di ottemperanza carattere di esclusività ai fini dell'esecuzione delle sentenze tributarie. Invero, sia l'art. 69, che lo stesso art. 70 del d.lgs. n. 546/1992 stabiliscono che si "può" richiedere l'ottemperanza, prevedendo una possibilità che non esclude l'esperibilità delle altre azioni riconosciute dall'ordinamento. Ritenere il contrario significherebbe affermare che con la riforma del 2015 il legislatore abbia inteso introdurre una disparità di trattamento tra il titolare di un credito riconosciuto da una sentenza tributaria ed il titolare di un credito che trae origine da una sentenza civile, in evidente contrasto con i principi fissati dagli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione. Sul punto si è espresso il Tribunale di Palermo, con l'ordinanza del 24 dicembre 2016 (nella procedura n. 5868), a conclusione di un processo di opposizione ex art. 615 c.p.c. proposto dall'Agenzia delle entrate avverso l'espropriazione presso terzi intrapresa nei suoi confronti dal contribuente, in esecuzione di una sentenza di condanna della Commissione Tributaria.

dice di cognizione, quale misura coercitiva, non attiene al merito del processo, ma rappresenta una domanda accessoria, per l'attuazione del provvedimento di annullamento richiesto.

Pertanto, salvo la necessità di rispettare il principio del contraddittorio, non sussistono particolari preclusioni per presentare l'istanza in esame. Essa potrà essere presentata anche per la prima volta in appello, quando il contribuente, che aveva fatto affidamento sullo spontaneo adeguamento dell'ufficio, si accorga che ciò non è avvenuto.

Si consideri che la necessità di chiedere la penalità di mora potrebbe non sussistere al momento della presentazione del ricorso introduttivo e sorgere successivamente, nelle more del giudizio, a seguito dell'iscrizione a ruolo a titolo provvisorio, effettuato dall'ufficio in pendenza di causa.

La concessione o il rifiuto della misura coercitiva deve considerarsi sindacabile sia dinnanzi alla Commissione tributaria regionale, in appello, sia dinnanzi al giudice di legittimità, con riferimento alla sua ammissibilità o alla quantificazione compiuta dal giudice.

In sede d'impugnazione, invero, potrebbe emergere che la penalità di mora non poteva essere concessa o che, al contrario, ove negata, essa fosse concedibile, o ancora che vi è stato un errore nella sua determinazione.

Inoltre, essendo la misura coercitiva un accessorio della condanna nel merito, è possibile che in sede d'impugnazione venga ribaltato l'esito del giudizio precedente. È importante pertanto che il contribuente valuti con attenzione la richiesta di applicazione della penalità.

Potrebbe accadere, invero, che nel giudizio di primo grado il soggetto passivo risulti vittorioso, ottenendo la pronuncia di una sentenza di annullamento e di condanna agli adempimenti conseguenti, rafforzata con la misura coercitiva. Se l'ufficio che ha pagato la penalità di mora – perché rimasto inadempiente, ad esempio, dell'obbligo di cancellazione dell'iscrizione a ruolo – ha contestualmente proposto appello, qualora risulti vittorioso in secondo grado avrà diritto alla restituzione delle somme versate per la condanna ex art. 614 *bis* c.p.c.

Poiché la misura coercitiva in commento rappresenta una condanna condizionata, che consente all'interessato di precostituirsi un titolo esecutivo, prima che si sia verificato l'inadempimento, per l'eventualità che esso si verifichi, il contribuente potrà agire in via esecutiva con il giudizio di ottemperanza<sup>23</sup>, senza

---

<sup>23</sup> In materia tributaria lo strumento che consente al contribuente di ottenere l'adempimento di un obbligo nascente da una sentenza a lui favorevole, nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria sia rimasta inerte o si sia conformata alla sentenza in maniera inesatta, è il giudizio di ottemperanza, previsto dall'art. 70 del d.lgs. n. 546/1992. La disciplina di tale istituto in ambito tributario presenta rilevanti differenze rispetto a quella prevista per il giudizio di ottemperanza amministrativo. Quest'ultimo assume caratteristiche diverse a seconda della statuizione giudiziale da attuare, potendo costituire un semplice procedimento esecutivo, o rivestire i caratteri di un

che sia necessario accertare preliminarmente che l'inadempimento si sia verificato, essendo sufficiente al riguardo la sua dichiarazione e la quantificazione da lui stesso effettuata dell'importo dovuto, in base a quanto stabilito dal giudice di merito.

L'ufficio potrà opporsi all'esecuzione in sede di ottemperanza, contestando che non si è avverata la condizione per l'operatività in concreto della misura, ossia l'inadempimento, o che la quantificazione effettuata dal creditore non sia corretta, in relazione ai criteri di liquidazione determinati dal giudice di merito in sentenza.

In questa sede, invece, l'amministrazione non potrà contestare la concedibilità della misura o il suo ammontare, essendo queste censure da poter far valere con l'impugnazione del provvedimento di condanna.

Va precisato che l'art. 70 del d.lgs. n. 546/1992 parla di «ottemperanza agli obblighi derivanti dalla sentenza della Commissione tributaria passata in giudicato», non di «sentenze di condanna»<sup>24</sup>.

Questa espressa indicazione del legislatore definisce in modo puntuale la sfera di operatività dell'istituto, escludendo dal suo ambito applicativo soltanto le pronunzie che non contemplano un obbligo.

La formulazione letterale della norma e la *ratio* sottesa all'istituto, inducono pertanto a ritenere che il giudizio di ottemperanza non possa essere circoscritto all'esecuzione delle sole sentenze di condanna dell'Amministrazione al pagamento di somme determinate, dovendosi in esso ravvisare uno strumento in grado di garantire l'effettiva esecuzione di tutti gli obblighi derivanti dall'esito del processo tributario<sup>25</sup>.

---

giudizio di cognizione quando l'adeguamento al giudicato richieda, da parte dell'amministrazione, nuove valutazioni discrezionali in ordine al provvedimento attuativo (Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la sentenza di ottemperanza richieda una più precisa individuazione del contenuto della prestazione o attività oggetto del dovere dell'Amministrazione oppure occorra apprezzare interessi diversi al fine di individuare gli atti da compiere). In materia tributaria, invece, l'ottemperanza è diretta all'attuazione di sentenze relative ad atti posti in essere dall'amministrazione nell'esercizio di un'attività vincolata destinata ad incidere su diritti soggettivi del contribuente e ha carattere esclusivamente esecutivo. Sul giudizio di ottemperanza nel diritto tributario v. P. BORIA, *Diritto tributario*, Torino, 2019, 679 ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario – Parte generale*, Torino, 2020, 411 ss.; A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2021, 607 ss.; S. FORENTINO, *Lezioni di diritto tributario – Parte generale*, Napoli, 2020, 281 ss. Per il diritto amministrativo, v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 936 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 584 ss.; R. DIPACE, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 633 ss.

<sup>24</sup> Cfr. art. 70, comma 1, d.lgs. n. 546/1992, ove si prevede che «da parte che vi ha interesse può richiedere l'ottemperanza agli obblighi derivanti dalla sentenza della commissione tributaria...».

<sup>25</sup> Il giudizio di ottemperanza agli obblighi derivanti dalle sentenze della commissione tributaria ha una duplice natura, di merito, in quanto volto ad individuare gli obblighi contenuti nella sentenza, e di esecuzione, in quanto volto ad adottare i provvedimenti in sostituzione dell'Ammi-

Come si è osservato, invero, anche dai giudizi di annullamento possono derivare obblighi per l'amministrazione, diversi dal pagamento di somme di denaro, atteso che non sempre l'eliminazione dell'atto realizza compiutamente la tutela del contribuente, potendo essere necessario a tal fine un comportamento attivo dell'amministrazione (cancellazione dell'iscrizione a ruolo, dell'ipoteca o del fermo amministrativo).

Nel caso in cui sia stata ottenuta la condanna dell'ufficio ex art. 614 *bis* c.p.c., il giudizio di ottemperanza, pertanto, potrà essere attivato sia per sollecitare l'adempimento che discende dall'annullamento, sia per ottenere il pagamento della penalità di mora.

Va precisato che tra le attività dell'amministrazione contrarie e successive ad una pronuncia giurisdizionale, occorre distinguere quelle che si sostanziano in una condotta inadempiente rispetto agli obblighi che scaturiscono dalla sentenza (come il mancato sgravio di somme iscritte a ruolo ma non più dovute), da quelle che sono espressione dell'esercizio di un'autonoma potestà impositiva (come nel caso di notifica di un nuovo atto fondato su una pretesa fiscale già dichiarata illegittima).

In quest'ultimo caso, invero, benché l'azione dell'ufficio sia contraria alla statuizione del giudice, non potrà utilizzarsi lo strumento dell'ottemperanza, ma il contribuente dovrà avvalersi della tutela consentita attraverso l'ordinaria azione di annullamento. L'infondatezza della pretesa, in altri termini, dovrà essere pronunciata in un distinto giudizio di impugnazione e non potrà farsi valere attraverso l'esecuzione di un precedente giudicato.

È il caso, ad esempio, di atti di accertamento o di riscossione, che non tengano conto del giudicato favorevole al contribuente, relativo al riconoscimento di esenzioni pluriennali, destinato pertanto a spiegare effetti su una pluralità di periodi d'imposta.

---

nistrazione finanziaria inadempiente, ed ha il duplice obiettivo di verificare se vi sia stata o meno l'inottemperanza e, in caso affermativo, rendere effettivo il comando espresso dalla sentenza mediante l'adozione dei necessari provvedimenti. Rimangono escluse dall'ambito di operatività del giudizio di ottemperanza soltanto le sentenze di mero annullamento dell'atto impugnato, dalle quali non discenda alcun obbligo per l'ufficio, né di cancellazione di iscrizione a ruolo né di rimborso di somme già versate dal contribuente in pendenza di giudizio, poiché in questo caso la sentenza rappresenta una pronuncia "autoesecutiva", cfr. Corte cass., Sez. V, ordinanza 12 aprile 2019, n. 10299. Sul giudizio di ottemperanza nel diritto tributario v. P. BORIA, *Diritto tributario*, Torino, 2019, 679 ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario*, cit., 411 ss.; A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, cit., 607 ss.; S. FORENTINO, *Lezioni di diritto tributario – Parte generale*, Napoli, 2020, 281 ss. Sul nuovo ambito di operatività dell'art. 70 d.lgs. n. 546/1992 v. anche F. RANDAZZO, *Con l'annullamento delle sentenze non ancora passate in giudicato cambia il giudizio di ottemperanza*, in *Corr. Trib.*, 2016, 1971 ss.

#### 4. *Notazioni conclusive*

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, nulla osta all'applicazione anche in materia tributaria dell'art. 614 bis c.p.c., in forza dell'art. 1, comma 2, del decreto 546/1992, che prevede il rinvio generale alle norme del codice di procedura civile, per tutto quanto da esso non disposto e con esso compatibile.

All'interno del decreto sul processo tributario, invero, nessuna norma disciplina l'istituto della penalità di mora, o una misura di coercizione indiretta simile, né si rinvencono norme incompatibili con l'articolo in commento.

Prospettare l'applicazione di una sanzione pecuniaria, in caso di inosservanza degli obblighi che derivano dalla sentenza, rappresenta un indubbio strumento di efficace coartazione della volontà dell'amministrazione finanziaria che dovesse risultare soccombente, stimolandola all'adempimento spontaneo.

La tematica è inscindibilmente connessa a quella dell'effettività della tutela giurisdizionale, intesa come attitudine dell'ordinamento processuale a consentire la soddisfazione, piena, puntuale e tempestiva, dell'interesse protetto dalla norma sostanziale e leso dal comportamento o dall'atto dell'ufficio, contestato in giudizio<sup>26</sup>.

Quanto più efficienti saranno i mezzi approntati dal sistema processuale per garantire il soddisfacimento dell'interesse sotteso alla posizione individuale, tanto più alto sarà il grado di effettività dell'intero ordinamento<sup>27</sup>.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, invero, impone all'ordinamento giuridico di adottare tutti gli strumenti idonei ad assicurare una protezione pienamente satisfattiva alle situazioni soggettive lese dagli atti dei pubblici poteri, trovando fondamento negli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione, nell'art. 1 c.p.a.<sup>28</sup>, nonché, in ambito sovranazionale<sup>29</sup>, negli artt. 19 del Trattato

---

<sup>26</sup> Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, v. R. ORIANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2006.

<sup>27</sup> L'effettività dell'ordinamento giuridico nazionale e dell'Unione – si misura con gli strumenti attraverso i quali impone l'osservanza dei suoi precetti ai soggetti ai quali sono indirizzati, cfr. G.F. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and National Courts*, in *Yearbook of European Union Law*, vol. XII, 1993, 1 ss.; M. RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law; A Comparative View*, in *Common Market Law Review*, 1997, 327 ss.; S. VALAGUZZA, I. MARTELLA, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 783 ss.

<sup>28</sup> Il codice del processo amministrativo dedica a tale principio addirittura la disposizione di apertura, disponendo che «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo», cfr. art. 1 c.p.a.

<sup>29</sup> In più occasioni la Corte di giustizia ha affermato che quello dell'effettività della tutela giurisdizionale è un principio generale dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Si vedano, in particolare, Corte giust. 16 luglio 2009, causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt Duales System Deutschland/Commissione*, EU:C:2009:456, punti 177 e 178; Corte giust. 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*, EU:C:2011:101; Corte giust. 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, EU:C:2010:811. Sul signifi-

dell'Unione Europea (TUE)<sup>30</sup>, 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)<sup>31</sup>, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE)<sup>32</sup> e 6 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)<sup>33</sup>.

ficato da attribuire al termine “effettività” e sulla portata del principio secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, esiste una vastissima bibliografia. Qui ci si limita a rinviare agli scritti di P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017, 292 ss.; N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2009, 635 ss.; M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, 476 ss.; M.E. ACCETO, S. ZLEPTING, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *Eur. Public Law*, 2005, 375 ss.; O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, 2014, IV, 2311 ss.

<sup>30</sup> L'art. 19 del TUE così dispone: «Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Sul tema v. cfr. G. TESAURÒ, *Art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 196 ss. Nella recente sentenza della Corte di giustizia, Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas, causa C-64/16, del 27 febbraio 2018, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), la Corte chiarisce che «la locuzione “nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione” contenuta in questa disposizione prescinde dalla circostanza che l'azione dello Stato membro costituisca attuazione del diritto dell'Unione». L'obbligo degli Stati membri di garantire una tutela giurisdizionale effettiva ha una sfera applicativa più vasta rispetto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed è applicabile a qualsiasi organo giurisdizionale astrattamente suscettibile di conoscere di questioni di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione. Sulla progressiva formazione di un sistema di regole omogenee a livello mondiale, sia sul piano sostanziale, che delle regole procedurali di accertamento e riscossione, v. S. CIPOLLINA, *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, 2003.

<sup>31</sup> Il testo dell'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) è il seguente: «La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi» e che «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione...».

<sup>32</sup> L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) reca la rubrica “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale” e così dispone che: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

<sup>33</sup> L'art. 6 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) così statuisce: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine

In materia tributaria il diritto all'eliminazione degli effetti negativi conseguenti ad un atto impositivo illegittimo trova legittimazione a livello costituzionale anche nell'art. 53 Cost.

La garanzia ivi prevista non si sostanzia soltanto nel divieto di prelievi che superino la disponibilità di ricchezza *qualificata* del soggetto<sup>34</sup>, ma costituisce anche un limite alle previsioni normative che impediscono o non favoriscono l'integrale cancellazione delle conseguenze negative, che derivano da un atto tributario illegittimo e che hanno causato un ingiusto danno patrimoniale del contribuente<sup>35</sup>.

La posizione di "supremazia" del fisco rispetto al contribuente, fondata sulla legittima pretesa alla contribuzione secondo capacità contributiva, perde ragion d'essere allorché quella pretesa cessa di essere legittima. In questo caso i due soggetti tornano a dover essere considerati su un piano di parità sostanziale<sup>36</sup>, anche se il rapporto ha avuto origine da una fattispecie regolata dal diritto

---

ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia» e che «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata...». Per un'analisi del rapporto, in termini di similitudini e di differenze, tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale quale inteso nell'ordinamento dell'Unione ed il significato ad esso attribuito nella Cedu v. W. VAN GERVEN, *Of Rights and Remedies in the Enforcement of European Community Law Before National Courts*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, The Hague, London, 2001, 274 ss. Per un'analisi delle fonti internazionali in materia tributaria si rinvia a R. CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2012, spec. cap. 2.

<sup>34</sup> La disponibilità di ricchezza di un soggetto, perché possa essere espressione di capacità contributiva, deve essere qualificata, ossia effettiva, personale, attuale ed in eccedenza al minimo vitale.

<sup>35</sup> Sul principio di capacità contributiva come parametro interpretativo v. E. DE MITA, *L'interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1995, 75 ss.; M. LOGOZZO, *Capacità contributiva e interpretazione della legge tributaria*, in *Boll. trib. d'inf.*, 1990, 1655 ss. L'art. 53 della Costituzione svolge, prima ancora che una funzione solidaristica, richiedendo l'adempimento a tutti i consociati dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale attraverso il concorso alla spesa pubblica in misura "progressiva" rispetto alle proprie potenzialità economiche, una funzione *garantista*, laddove, ponendo un limite al potere legislativo in materia tributaria, dispone che l'imposizione fiscale sia costituzionalmente legittima soltanto se rapportata ad un fatto indicativo di una capacità contributiva effettiva, cfr. M. MISCALI, *Capacità contributiva e disciplina del rimborso della imposta indebita*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, I, 118. In argomento v. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Padova, 2005, 145 ss.; G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2021, 45 ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario*, cit., 63 ss.

<sup>36</sup> Ciò trova conferma anche nei principi fissati dallo Statuto dei diritti del contribuente (l. 27

pubblico e l'ordinamento giuridico deve garantire il ripristino della situazione antecedente all'emanazione del provvedimento impositivo dichiarato illegittimo.

Il diritto del contribuente all'eliminazione degli effetti pregiudizievoli che derivano da atto tributario annullato assume rilievo, sotto altro profilo, anche con riferimento ai principi di imparzialità, buona amministrazione e legalità che informano l'azione amministrativa, che qualificando in termini di maggiore gravità l'inosservanza, da parte dei soggetti pubblici, del precetto giudiziale, giustificano per questo anche tecniche più penetranti di esecuzione<sup>37</sup>.

Perché il principio di effettività della tutela giurisdizionale trovi concreta attuazione è necessario che il processo sia organizzato in modo tale da fornire al titolare del diritto le utilità che sono state previste dalla normativa sostanziale, in aderenza al noto principio chiovendiano, secondo cui «il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva *tutto quello e proprio quello* che il diritto sostanziale riconosce»<sup>38</sup>.

In quest'ottica l'effettività della tutela giurisdizionale rappresenta indubbiamente lo strumento privilegiato attraverso il quale misurare l'effettività del sistema nel suo complesso.

Come si è avuto modo di osservare, la penalità di mora prevista dall'art. 614 *bis* c.p.c. non risponde a una logica riparatoria, ma rappresenta una misura di coercizione indiretta, rivolta a sanzionare la disobbedienza all'ordine del giudice, a prescindere dalla sussistenza e dalla dimostrazione di un danno<sup>39</sup>.

Tuttavia, dei danni causati al contribuente dall'inerzia dell'ufficio, o dal semplice ritardo nell'esecuzione della sentenza, l'amministrazione non potrà non essere ritenuta responsabile.

Il creditore, nonostante l'avvenuta applicazione dell'*astreinte*, potrebbe agire

---

luglio 2000, n. 212) che all'art. 8, comma 1, nello stabilire che «l'obbligazione tributaria può essere estinta anche per compensazione», riconosce implicitamente la *par condicio* del dare e dell'avere delle due parti. In materia fiscale l'esigenza di riequilibrio della posizione del contribuente che sia stato destinatario di un atto illegittimo e che abbia subito le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano assume importanza particolare in ragione del fatto che, a differenza dell'obbligazione negoziale di diritto civile, nella quale si dà prevalenza alla manifestazione di volontà del soggetto e che è pertanto espressione di *autonomia*, l'obbligazione d'imposta è espressione di *eteronomia*, pertanto il soggetto subisce un sacrificio economico non dipendente dalla sua volontà. In argomento cfr. M. MISCALI, *Capacità contributiva e disciplina del rimborso della imposta indebita*, cit., 122. In argomento v. anche D. MAZZAGRECO, *I limiti all'attività impositiva nello Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2008.

<sup>37</sup> È questo il motivo per il quale l'*astreinte*, inizialmente previsto soltanto in ambito civilistico, è stato successivamente introdotto in sede amministrativa, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 15/2014. Sui principi costituzionali di legalità, buon andamento, ed imparzialità, cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 165 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 27 ss.

<sup>38</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, 39 ss.

<sup>39</sup> La natura non risarcitoria dell'*astreinte* esclude che si possa obiettare alla sua applicabilità in sede tributaria il difetto di giurisdizione delle commissioni tributarie in materia di risarcimento del danno.

in sede civile per il risarcimento del danno subito dopo la pubblicazione della sentenza<sup>40</sup>.

In questo caso il giudice non dovrà scomputare la somma già riconosciuta al contribuente ex art. 614 *bis* c.p.c. da quella riconosciuta a titolo di risarcimento, attesa la natura non risarcitoria della prima.

In altri termini, nulla osta a che la penalità di mora si cumuli con il risarcimento del danno.

Con ciò non si intende affermare che il giudice non debba tenere conto della somma già liquidata con l'*astreinte*, ma al contrario dovrà considerarla ai fini della determinazione della corretta somma da riconoscere come risarcimento del danno, per evitare un ingiustificato arricchimento del contribuente ed evitare che la misura si trasformi in un c.d. danno punitivo<sup>41</sup>.

In ragione della difficoltà oggettiva che spesso il giudice incontra nel riuscire a conciliare l'esigenza di porre a carico dell'amministrazione importi significativi al fine di accelerare l'esecuzione con quella di non gravare eccessivamente la parte pubblica con oneri che in ultima analisi finirebbero con il pregiudicare i servizi resi ai cittadini, una parte della giurisprudenza amministrativa identifica un importo massimo, raggiunto il quale il debito per *astreinte* non può ulteriormente lievitare<sup>42</sup>.

Si tratta di una tesi, tuttavia, che non ci si sente di condividere, perché ciò significherebbe che raggiunta la soglia fissata l'istituto perderebbe ogni ulteriore capacità deterrente.

---

<sup>40</sup> Sui diversi profili di responsabilità per danno ingiusto causato al contribuente dal comportamento dell'amministrazione finanziaria v. C. GIOÈ, *Profili di responsabilità civile dell'amministrazione finanziaria*, Padova, 2007.

<sup>41</sup> Il giudice dovrà evitare un ingiustificato arricchimento del creditore e, nel contempo, che la sanzione si trasformi in un danno punitivo, istituto giuridico tipico dell'ordinamento statunitense e più in generale dei paesi di *common law*, che prevede per il danneggiato un risarcimento ulteriore rispetto a quello strettamente necessario a ristorare il pregiudizio subito.

<sup>42</sup> Cfr. Cons. St., ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7.

### Abstract

Nel giudizio tributario di annullamento, se a volte la rimozione dell'atto dichiarato illegittimo risulta già pienamente soddisfattiva, altre volte potrebbe non essere sufficiente, rendendosi necessaria un'attività in positivo dell'amministrazione, consistente, ad esempio, nella cancellazione dell'iscrizione a ruolo, o di un provvedimento cautelare già adottato. In ambito processual-civilistico l'art. 614 *bis* c.p.c. prevede uno strumento di coazione indiretta, finalizzato a stimolare l'esecuzione spontanea delle sentenze di condanna all'adempimento di obbligazioni diverse dal pagamento delle somme di denaro. All'interno del decreto sul processo tributario non si rinviene alcuna norma che disciplini un l'istituto dell'*astreinte*. Nelle considerazioni che seguono verrà esaminata la possibilità di estendere la norma contenuta all'interno dell'art. 614 *bis* c.p.c. alla materia fiscale, in forza del rinvio generale alle norme del codice di procedura civile, contenuto nel comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 546/1992.

The application, in the tax field, of the default penalty regulated  
by the civil procedure code

In the tax action of annulment, if at times the removal of the illegitimate act is already fully satisfactory, at other times it may not be sufficient, making necessary a positive activity of the administration, consisting, for example, in the cancellation of the registration with the role, or a precautionary measure already adopted. In the procedural-civil law context, art. 614 *bis* c.p.c. regulates an instrument of indirect coercion, aimed at stimulating the spontaneous execution of the decisions for the fulfillment of obligations other than the payment of sums of money. Within the decree on tax trial there is no provision regulating the juridical institution of the "astreinte".

The considerations reported below, will focus on the possibility of extending art. 614 *bis* c.p.c. to tax matters, pursuant to the general reference to the rules of the civil procedure code, within paragraph 2 of art. 1 of Legislative Decree 546/1992.

# La revoca: profili di un potere di amministrazione attiva\*

di Clara Napolitano

SOMMARIO: 1. In premessa: alle radici di una scelta tematica. – 2. La revoca del provvedimento: lineamenti di un potere nell'alveo dell'autotutela. – 3. La revoca: indici di amministrazione attiva. – 4. Ridefinizioni normative dei presupposti della revoca: l'intervento del 2014. – 5. Altri aspetti della revoca: le garanzie procedurali. – 5.1. *Segue*: l'indennizzo e la responsabilità. – 6. La revoca su istanza di parte: profili di doverosità ancora inespressi. – 7. Dall'autotutela all'amministrazione attiva: metamorfosi di un potere.

## 1. *In premessa: alle radici di una scelta tematica*

L'attività di ricerca di Maria Immordino si segnala per una significativa attenzione al tema della revoca del provvedimento amministrativo, studiato sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello procedimentale<sup>1</sup> già prima della sua fissazione normativa. Questi *Scritti* costituiscono oggi l'occasione per riflettere sull'evoluzione di questo istituto, che pare distanziarsi sempre più dall'alveo dell'autotutela – nel quale è stato tradizionalmente collocato – e assumere, al contempo, le fattezze di un potere d'amministrazione attiva.

Il potere di revoca, invero, è stato oggetto per decenni di dissidi dottrinali e giurisprudenziali che ne hanno, volta per volta, messo in discussione plurimi aspetti: la natura, la funzione, il fondamento, il bilanciamento degli interessi da operare obbligatoriamente per la p.A., l'affidamento del privato che lo subisce, gli adempimenti procedurali, l'obbligo di motivazione, la eventuale doverosità del suo esercizio su istanza di parte, la quantificazione dell'indennizzo a compensazione dei sacrifici imposti, *etc.*

Dissidi che sono stati in larga parte poi sopiti, dopo un lungo *excursus* giurisprudenziale, nel 2005, quando la legge 11 febbraio n. 15 integrò la legge generale sul procedimento amministrativo con l'art. 21-*quinquies*, rubricato – appunto – «Revoca del provvedimento amministrativo».

---

\* Questo contributo è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino* e costituisce l'evoluzione di una mia prima riflessione sul tema della revoca, originata proprio dagli studi di Maria Immordino, donna sensibile e studiosa profonda. A lei, così determinante nel mio percorso di formazione, desidero esprimere la mia gratitudine più alta.

<sup>1</sup> Il riferimento è a M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; ID. e A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm. Tar*, n. 7-8/2006, 2783 ss.; ID., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014; ID., *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi.it*, n. 7/2017.

Ora, nella temperie attuale – nella quale si fa discorso sulla tutela dell'affidamento del soggetto privato nei confronti dell'Amministrazione quando questa eserciti il potere di autotutela nella forma dell'annullamento d'ufficio<sup>2</sup> – la revoca parrebbe essere ormai sedimentata nel consentire all'Amministrazione di “ritirare”<sup>3</sup> un proprio provvedimento per ragioni di opportunità, compensando l'eventuale sacrificio del privato che sia investito degli effetti di questa decisione con una riparazione patrimoniale di tipo indennitario.

Mentre cioè, in linea di principio, la p.A. può *prima* attribuire un vantaggio al privato e *poi* ritirarlo, le forme di potere a ciò deputate – *id est* l'annullamento d'ufficio e la revoca – pur conservando profili parzialmente sovrapponibili, stanno subendo destini diversi: nello specifico, l'annullamento d'ufficio nella sua veste di presidio della legalità sta perdendo i tratti dello strumento d'amministrazione attiva e si sta progressivamente avvicinando alla giustizialità<sup>4</sup>; la revoca, viceversa, assume sempre più i tratti di un provvedimento espressivo della buona amministrazione<sup>5</sup> e dell'attenta capacità valutativa di una p.A. che contempera interessi anche *dopo* l'adozione di un provvedimento ed esercita il suo potere funzionalizzato per adeguarne il contenuto in occorrenza di sopravvenienze.

<sup>2</sup> Più ampiamente, la *querelle* investe i rapporti tra privato e pubblica Amministrazione quando questa annulli d'ufficio un proprio provvedimento illegittimo ampliativo – o quando, per essa, lo faccia il Giudice amministrativo – e il privato – che ne era stato beneficiario – si ritrovi con una lesione patrimoniale dettata dall'aver confidato nella (legittimità o quantomeno nella) stabilità di quel provvedimento nel tempo, tanto da determinarsi in scelte economiche (investimenti, *etc.*) pregiudicate dall'annullamento stesso. Imprescindibile il riferimento a F. MERUSI, *Affidamento e buona fede nel diritto pubblico*, Milano, 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001. Gli studi sull'affidamento sono poi affrontati di recente anche da A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016. Segnatamente sulle interferenze tra potere di autotutela e legittimo affidamento v. i recenti lavori di M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2017, e – in prospettiva più ampia sul potere amministrativo, tra cui anche quello d'autotutela – M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018. È stata oggetto proprio di una recente sentenza dell'Adunanza plenaria – 29 novembre 2021, n. 20 – la questione – che investe profili sia di giurisdizione, sia di merito – circa la configurazione e la tutela del legittimo affidamento in caso d'annullamento del provvedimento amministrativo favorevole. La sentenza è stata originata dall'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, ord. 11 maggio 2021, n. 3701, che rilevava le criticità insite nell'orientamento ormai consolidato inaugurato con le note ordinanze gemelle della Cassazione del 2011.

<sup>3</sup> Qui la nozione di ritiro è intesa in senso atecnico: più che altro quale impossibilità per il privato di usufruire di quel vantaggio primigenio, o perché il provvedimento è stato rimosso con efficacia *ex tunc*, tramite annullamento d'ufficio, oppure *ex nunc* tramite, appunto, la revoca.

<sup>4</sup> Basti pensare, per esempio, ai termini d'operatività sempre più rigorosi – oggi, dodici mesi dall'adozione del provvedimento *contra legem* – con successivo consolidamento dell'atto illegittimo in caso di mancato esercizio di quel potere; resta poi indiscussa l'assenza di tutela indennitaria per chi lo subisca.

<sup>5</sup> Proprio in relazione al termine d'esercizio, il provvedimento è sempre revocabile: nei lavori parlamentari per la l. n. 15/05 era stato prospettato un termine di due anni, che però non ha mai trovato sanzione legislativa, essendo impossibile prevedere limiti temporali all'insorgenza di sopravvenienze.

Si sta cioè realizzando – ne sono conferma il dato normativo e la giurisprudenza amministrativa che saranno di seguito esaminati – ciò che già qualche anno addietro, ancor prima della cristallizzazione del dato normativo e a ridosso dell’emanazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, è stato intuito e sistematizzato da quella dottrina che ha ricondotto il potere di revoca all’ambito dell’amministrazione attiva<sup>6</sup>, riconoscendovi l’immanenza della funzione di tutela dell’interesse pubblico della quale la p.A. è istituzionalmente investita<sup>7</sup>.

Sicché le pagine seguenti saranno dedicate a osservare, pur dando conto dei profili che indiscutibilmente accomunano i due istituti, la loro progressiva divaricazione, che sta traghettando ormai senza dubbio la revoca dalla sponda del potere di autotutela a quella di amministrazione attiva<sup>8</sup>.

## 2. *La revoca del provvedimento: lineamenti di un potere nell’alveo dell’autotutela.*

S’è detto in apertura che la revoca condivide con l’annullamento d’ufficio l’aspetto concernente la possibilità per la p.A. di adottare un provvedimento ampliativo e poi, in un secondo momento, ritirarlo. È plausibile che la peculiare collocazione sistematica di questo istituto all’interno della legge sul procedimento amministrativo<sup>9</sup> sia peraltro conseguenza del sedimentato pensiero giuridico risalente agli anni ’50<sup>10</sup>, il quale ha inquadrato il potere revocatorio come manife-

<sup>6</sup> A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. I Annullamento e revoca tra posizioni “favorevoli” e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi*, cit. Della stessa opinione, qualche anno dopo, B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss., per il quale, stante la doppia (inscindibile) anima dell’autotutela amministrativa quale potere doveroso volto al rispetto della legge e alla tutela di un interesse pubblico, «l’istituto della revoca vi viene incluso abbastanza abusivamente», difettando della prima finalità.

<sup>7</sup> Cfr. G. CORSO, *Attività amministrativa*, in *Treccani.it*, 2014, il quale riunisce sotto l’egida dell’attività amministrativa funzionalizzata al conseguimento dell’interesse pubblico anche quella volta all’emanazione di provvedimenti di revoca, intesi quali limitativi della sfera giuridica dei privati. In questa classificazione, il Maestro affianca alla revoca anche l’annullamento d’ufficio, la cui natura di potere d’autotutela, inevitabilmente, scolora.

<sup>8</sup> Per una puntuale disamina di questa traiettoria, dove si ricordano proprio gli autori cui si deve l’evoluzione qui in esame, v. S. TUCCILLO, *Autotutela amministrativa 2. Gli istituti*, in *Treccani.it*, 2019.

<sup>9</sup> Nello stesso Capo che disciplina l’annullamento d’ufficio (art. 21-*nonies*).

<sup>10</sup> F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 537 ss.; S. ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Nuov. dig. it.*, I, Torino, 1957, 642 ss., poi riedito e aggiornato in *Id.*, *Annullamento (teoria dell’) nel diritto amministrativo*, in *Scritti minori*, Milano, 1990, 390 ss.; nell’opera del 1957 il Maestro traccia – sempre nel solco dell’autotutela – una distinzione tra annullamento d’ufficio e revoca in relazione ai presupposti d’esercizio dei relativi poteri e, soprattutto, quanto alla misura della loro discrezionalità: più ampia nella revoca, che ha ad oggetto provvedimenti legittimi seppur inopportuni a giudizio dell’Amministrazione; più limitata nell’annullamento d’ufficio, essendo sempre legata all’illegittimità del provvedimento di primo grado.

stazione dell'autotutela amministrativa: la giurisprudenza<sup>11</sup> e la dottrina<sup>12</sup> seguenti hanno non di rado confermato questa impostazione.

Sono espressione di questa lettura, per esempio, le pronunce che assimilano revoca e annullamento d'ufficio quanto alla posizione rivestita dal soggetto privato nei confronti del potere: è d'interesse legittimo la situazione giuridica di chi venga privato di un finanziamento, già attribuitogli, a seguito di atto di autotutela, qual che esso sia (revoca o annullamento d'ufficio)<sup>13</sup>. Oppure ancora, si pensi alla

---

<sup>11</sup> *Ex multis*, e solo a titolo puramente esemplificativo, Tar Trento, sez. I, 1 marzo 2021, n. 28: «La revoca si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc* (e, quindi, non retroattiva) di un atto ad efficacia durevole, in esito ad una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia. I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, con formule lessicali generiche e consistono nella sopravvivenza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario. Appare evidente che il potere di revoca è connotato da un'ampia e forse eccessiva discrezionalità, dal momento che, a differenza del potere di annullamento d'ufficio che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige solo una valutazione di opportunità, seppure ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art. 21-*quinquies*, sicché il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente, rispetto al quale l'istanza del privato assume solo una valenza sollecitatoria».

<sup>12</sup> La bibliografia è sterminata. Tra i tanti, per i profili generali, v. E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 333 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, esamina le origini e l'evoluzione della revoca e dell'annullamento d'ufficio, senza tacere i profili di sovrapposizione tra i due istituti. V. anche M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 333 ss., la quale riconduce tanto l'art. 21-*quinquies* quanto il 21-*nonies* al potere cassatorio, così riunendo entrambi gli istituti nella cornice dell'autotutela; ancora, di recente, A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, la quale pure accomuna i due istituti nell'autotutela.

<sup>13</sup> Tar Piemonte, sez. II, 2 agosto 2021, n. 806: «La controversia promossa per ottenere l'annullamento del provvedimento di revoca di un finanziamento pubblico concerne una posizione di diritto soggettivo (ed è pertanto devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario) tutte le volte in cui l'amministrazione abbia inteso far valere la decadenza del beneficiario dal contributo in ragione della mancata osservanza, da parte sua, di obblighi al cui adempimento la legge o il provvedimento condizionano l'erogazione, mentre riguarda una posizione di interesse legittimo (con conseguente devoluzione al giudice amministrativo) allorché la mancata erogazione del finanziamento, pur oggetto di specifico provvedimento di attribuzione, sia dipesa dall'esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione, la quale abbia inteso annullare il provvedimento stesso per vizi di legittimità o revocarlo per contrasto originario con l'interesse pubblico». Si tratta del noto tema della distinzione tra autotutela pubblicistica e privatistica della p.A.: la revoca di contributi e finanziamenti derivante dall'inadempimento del privato a obblighi che ne condizionano l'erogazione è espressione di questo secondo potere, comportando la devoluzione della controversia al Giudice ordinario (cfr. *ex multis* TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 luglio 2021, n. 7838). Viceversa, per questa giurisprudenza è espressione dell'autotutela pubblicistica «il riesame della legittimità o dell'opportunità dell'iniziale provvedimento di attribuzione del contributo».

giurisprudenza circa la responsabilità precontrattuale della p.A. ex art. 1337 c.c. laddove essa adotti, nell'ambito di procedure a evidenza pubblica, atti di revoca o annullamento d'ufficio: anche in questo caso le pronunce accomunano *sub specie* di autotutela pubblicistica entrambi i poteri<sup>14</sup>. Si segnala per una posizione abbastanza curiosa, invece, una certa giurisprudenza in materia di gare d'appalto: per la quale la revoca potrebbe essere espressione del potere di autotutela solo ove il ritiro di un atto comporti il bilanciamento con posizioni giuridiche ormai acquisite e consolidate; viceversa, rientrerebbe nel più generale potere di amministrazione attiva laddove essa costituisca ritiro "puro" senza incidenza su posizioni giuridiche dei privati<sup>15</sup>.

L'inquadramento della revoca nell'autotutela decisoria<sup>16</sup> tentava di giustificare il potere dell'Amministrazione d'intervenire su propri provvedimenti – risolvendo così conflitti attuali o potenziali con altri interessi in relazione a quei medesimi provvedimenti – senza l'intervento del Giudice: il che la rendeva assimilabile a un potere para-giurisdizionale. L'elemento centrale della ricostruzione stava proprio nel conflitto tra interessi, risolvibile dall'autorità amministrativa

---

Peraltro, è ormai pacifico che questa espressione dell'autotutela privatistica, pur qualificata dalla giurisprudenza come «revoca», in realtà sia una decadenza o una sanzione all'inadempimento degli obblighi che sorgono dal finanziamento: condivisibilmente, per M. IMMORDINO, A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio*, cit., si tratta di una «revoca impropria».

<sup>14</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 28 giugno 2021, n. 1582: «da responsabilità precontrattuale prescinde dall'eventuale legittimità del provvedimento di autotutela (annullamento d'ufficio o revoca)».

<sup>15</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 31 marzo 2021, n. 2707: «La natura giuridica di atto generale del bando e di atto endoprocedimentale della aggiudicazione provvisoria (ora, proposta di aggiudicazione) non consentono di applicare la disciplina dettata dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma), al pari della revoca della *lex specialis* che ne è a monte non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario (Consiglio di Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2338)».

<sup>16</sup> F. BENVENUTI, *Autotutela* (voce), cit. Peraltro si deve a M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., l'efficace sinossi delle diverse ricostruzioni dottrinali che, prima della codificazione del 2005, fondavano quel potere su diversi elementi: «Sono note le soluzioni al riguardo prospettate, da quelle che ne rinvenivano la giustificazione nella "imperatività" del provvedimento, del quale la revocabilità costituiva un predicato (L. Rescigno; M. S. Giannini), a quelle che, configurandolo come potere di carattere generale, ne rinvenivano il fondamento normativo in principi generali dell'ordinamento. Prospettiva che riconduceva la revoca alla "consuetudine", come conseguenza del principio "gerarchico" (L. Raggi); all'"analogia" (F. Cammeo); ad un principio generale che esigerebbe per "l'amministrazione la più ampia libertà di agire" (G. Codacci Pisanelli); al principio di "autocorrezione" degli atti amministrativi (G. Codacci Pisanelli); al principio del *contrarius actus* (R. Resta); ad un principio generale di revocabilità ricavabile oltre che dalla prassi consolidata, amministrativa e giurisprudenziale, da alcune norme di leggi (M. D'Alberti; V. Cerulli Irelli); al principio generale dell' "autotutela"», 4.

senza ricorrere a quella giurisdizionale. Non diversamente da quanto si afferma nell'ambito dell'annullamento d'ufficio: e cioè che l'Amministrazione – diversamente da tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, per i quali vige un divieto penale<sup>17</sup> – può “farsi giustizia da sé”.

In realtà, però, più che il profilo d'atto di autotutela, nella revoca pare emergere un altro. Che nulla ha a che vedere con l'attività giustiziale: esso attiene, piuttosto, a una valutazione sorvegliata circa l'opportunità dei propri atti, tale da consentire alla stessa p.A. – stante l'unilateralità del suo potere – d'intervenire ed eliminarne gli effetti, alla ricorrenza di determinati presupposti. Come a dire che con la revoca la p.A. non si “auto-tutela”: semplicemente veglia sugli interessi pubblici perseguiti in origine e, se questi mutano o richiedono un diverso intervento, interrompe gli effetti del provvedimento che li amministra.

### 3. *La revoca: indici di amministrazione attiva.*

Pertanto, i caratteri della revoca seguono una direttrice che porta a una loro progressiva distinzione rispetto a quelli dell'annullamento d'ufficio. Mentre la riconduzione di questo potere nell'autotutela pare naturale *ex art. 21-nonies*, questo medesimo espediente risulta dissonante per la revoca: dove l'Amministrazione tutela non solo l'interesse pubblico curato dal provvedimento primigenio laddove esso non sia più opportuno, ma *anche* eventuali interessi pubblici sopravvenuti, il cui perseguimento richiede che il primo atto sia privato della sua efficacia.

Si obietterà che la protezione dell'interesse pubblico è comune all'esercizio di tutti i poteri della p.A., e dunque anche a quello d'annullamento officioso: che pertanto, in questo, non si distinguerebbe dalla revoca tanto da individuarne una funzione differente. In realtà, più che nell'interesse pubblico perseguito, revoca e annullamento d'ufficio trovano la reale origine della loro distinzione nel fatto che soltanto la prima può intervenire su provvedimenti legittimi; viceversa, l'annullamento officioso reca tra i presupposti l'illegittimità dell'atto primigenio,

---

<sup>17</sup> Art. 392 c.p. (Esercizio arbitrario delle proprie ragioni): «Per la sussistenza del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, è necessario che il soggetto agente agisca nella ragionevole opinione della legittimità della sua pretesa, ovvero ad autotutela di un suo diritto suscettibile di costituire oggetto di una contestazione giudiziale, anche se detto diritto non sia realmente esistente. La pretesa arbitrariamente attuata dal soggetto agente deve corrispondere all'oggetto della tutela apprestata in concreto dall'ordinamento giuridico, e non mirare a ottenere un qualsiasi *quid pluris*, atteso che ciò che caratterizza il reato *de quo* è la sostituzione, operata dal soggetto agente, dello strumento di tutela pubblico con quello privato. In altri termini, occorre che sussista la possibilità in astratto per l'agente di adire il giudice per ottenere quello che si è illegittimamente preteso in concreto mediante l'uso della violenza» (cfr. Corte di appello di Napoli, sez. III, 16 aprile 2021, n. 3443).

così necessitando di una serie di cautele che, invece, nella revoca non hanno cittadinanza. È dunque l'eliminazione dell'atto *contra jus*, a caratterizzare il potere *ex art. 21-nonies*, così evidenziandone caratteristiche giustiziali che la revoca non pare avere.

Pertanto, in contrapposizione alla dottrina che – in ossequio alla ricostruzione di Benvenuti (e del legislatore italiano del 2005) – ha configurato la revoca come potere riconducibile all'autotutela<sup>18</sup>, si sono registrati orientamenti che hanno tentato di elaborare letture alternative: per esempio, quale “riesercizio” dello stesso potere di amministrazione attiva<sup>19</sup>.

La ricerca di un fondamento diverso dal *privilegium principis* conduce dunque all'inquadramento della revoca quale provvedimento di amministrazione attiva, sempre orientato a perseguire l'interesse pubblico del momento: «di conseguenza, l'ambito del potere e i limiti all'esercizio dello stesso sono i medesimi, così come l'interesse pubblico affidato; ciò implica che l'Amministrazione abbia ancora la potestà di agire, e la disponibilità degli effetti»<sup>20</sup>.

Questa lettura è comune a due orientamenti dottrinali<sup>21</sup>, i quali concordano sul dato negativo, cioè sull'estraneità della revoca rispetto al perimetro del potere di autotutela.

Le due tesi non collimano, invece, sul fondamento di questo potere<sup>22</sup>, derivante ora dall'intrinseca, generale funzionalizzazione dell'azione amministrativa<sup>23</sup>, dunque dal principio di “efficacia”, inteso quale «adeguatezza costante del contenuto dell'atto rispetto all'interesse pubblico in concreto perseguito»<sup>24</sup>; ora

<sup>18</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 375. V. sul punto anche E. FOLLIERI, *Il rapporto amministrativo giuridico dinamico*, in *Giustamm.it*, n. 12/2017, per il quale revoca e autoannullamento sono atti d'autotutela in grado di ridiscutere il rapporto amministrativo cristallizzato nel provvedimento: quell'assetto d'interessi – ormai statico – torna a essere dinamico per trovare nuova sistematizzazione.

<sup>19</sup> R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, 11; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento*, cit., 134; E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità ed annullamento nel diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 491.

<sup>20</sup> F. COSTANTINO, *La revoca del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 758.

<sup>21</sup> I cui Autori di riferimento possono rinvenirsi in M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., e B.G. MAITARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit.

<sup>22</sup> Per V. DOMENICHELLI, *La revoca del provvedimento, commento all'art. 21-quinquies della l. n. 241/90*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 878, invece, «forse le due tesi non sono veramente inconciliabili, se si considera che la discussione penetra nella complessa costruzione dell'amministrazione, titolare di poteri funzionalizzati alla tutela dell'interesse pubblico, cui deve perciò far sempre corrispondere le proprie scelte, ma insieme capace di emendarsi autonomamente senza la coazione esterna del giudice».

<sup>23</sup> M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., fonda la revoca sul principio di efficacia del provvedimento: la revoca è pertanto «uno strumento capace di garantire in ogni tempo la funzionalità dell'azione amministrativa», 6.

<sup>24</sup> M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., 6.

in una mera facoltà, non diversa da quella privatistica di ritirare un atto unilaterale<sup>25</sup>: per cui l'inserimento della revoca tra i poteri di autotutela sarebbe allora il frutto di un «errore prospettico della scienza giuridica»<sup>26</sup>, la quale avrebbe costruito il provvedimento senza prendere le mosse dalla teoria generale dell'atto unilaterale. Sicché la revoca – in questo secondo orientamento – semplicemente impedisce che un atto continui a produrre effetti giuridici, prescindendo dalla presenza di profili patologici<sup>27</sup>.

Non v'è dubbio che queste due differenti letture comportino altrettanti precipitati: ove si aderisse all'idea che la revoca si identifichi sostanzialmente con un potere modificativo<sup>28</sup> di una prima decisione amministrativa, il suo fondamento si rinverrebbe nel potere che aveva generato quella medesima decisione; viceversa, ove si optasse per la seconda opzione interpretativa, svincolando quel potere da quello di amministrazione attiva, bisognerebbe individuarne un fondamento autonomo<sup>29</sup>.

In realtà, diversi fattori, non solo di teoria giuridica ma anche puramente di spunto normativo, convergono verso la prima ipotesi.

Si guardi per esempio a una delle più recenti riforme organiche dell'attività amministrativa: la collocazione della revoca nell'ambito dell'amministrazione attiva e la sua contestuale esclusione dal campo dell'autotutela sembra in effetti proprio giustificata<sup>30</sup> anche dalla portata dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015, n.

<sup>25</sup> B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit.

<sup>26</sup> Sempre B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit.: «La scienza giuridica, all'inizio del Novecento, costruì la teoria dell'atto amministrativo sulla falsariga di quella del contratto, atto bilaterale e non unilaterale. Incorse, quindi, in un errore di prospettiva: invece di assimilare la revocabilità dell'atto amministrativo alla revocabilità dell'atto unilaterale privato, la contrappose all'irrevocabilità dell'adesione al contratto. Ciò che era normale sembrò così un privilegio».

<sup>27</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 954.

<sup>28</sup> La modificazione del provvedimento avverrebbe in senso esclusivamente abrogativo dei suoi effetti, dunque tipizzato. La qualificazione del potere di abrogazione dei provvedimenti ne rende peraltro necessaria l'individuazione del fondamento normativo: i lontani echi di Santi Romano e Massimo Severo Giannini lasciano oggi il passo a una ricostruzione del potere di modificazione quale combinazione tra revoca e riesercizio del potere. Si veda in proposito la lettura che offre N. BERTI, *Le decisioni di modifica tra revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, 429 ss., in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021. Il quale peraltro attentamente segnala una giurisprudenza piuttosto diffusa che accomuna la modificazione dei provvedimenti alla revoca quanto agli effetti – almeno – parziali: sicché la modificazione del contenuto dispositivo di un atto coinciderebbe con una sua revoca parziale, affiancata da un'addizione. Ne deriva l'applicabilità, nei presupposti e negli effetti, dell'art. 21-*quinquies*. Cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837, in nt. 35 del saggio citato, 440.

<sup>29</sup> In questo senso v. lo studio fondamentale di M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi*, cit., 86 ss.

<sup>30</sup> M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit. V'è da dirsi, tuttavia, che il d.l. n. 133/14 – che ha preceduto la l. n. 124 del 2015 – ha operato modifiche in tema di autotutela tanto sull'art.

124, c.d. Riforma Madia (rubricato appunto «*Autotutela amministrativa*»), che non ha incluso nel suo ambito di applicazione la revoca, ma si è limitata a disciplinare l'annullamento d'ufficio e la sospensione (e i loro legami con istituti affini).

Ciò implica una cosa, della quale la giurisprudenza è pienamente consapevole: la revoca risponde – ancor più che l'annullamento d'ufficio, che ha sempre più lineamenti giustiziali tali da limitarlo fortemente e ancorarlo a presupposti progressivamente più rigidi – a un generale potere di amministrazione attiva. L'Amministrazione pensa e ripensa all'interesse pubblico da curare, si adegua ad esso nel tempo, rispondendo al principio di efficacia inteso *non* come pura produzione di effetti da parte del provvedimento, ma come criterio che impone l'adeguatezza rispetto all'obiettivo pubblico al quale quel provvedimento mira<sup>31</sup>.

Nondimeno, le due *figurae* sono perfettamente sovrapponibili quanto al dato normativo concernente la competenza: è lo stesso organo che ha emanato l'atto, ovvero altro organo previsto dalla legge, a poterlo revocare o annullare officiosamente<sup>32</sup>. Il che costituisce ulteriore conferma del fatto che l'interesse pubblico perseguito è pur sempre quello primigenio<sup>33</sup>, restando ancorata la competenza all'organo che aveva adottato il primo atto. Sicché, anche la revoca – come l'annullamento d'ufficio – dev'essere motivata con accortezza. Prendendo a prestito le parole del Giudice amministrativo, «non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; la motivazione della revoca deve esplicitare non solo i

---

21-*quinquies* quanto sull'art. 21-*nonies*: pertanto, la scelta di quest'ultima riforma di non toccare la revoca potrebbe trovare la sua giustificazione non in esigenze sistematiche di differenziare la revoca e l'annullamento d'ufficio quanto al loro fondamento, quanto piuttosto – più semplicemente – nella semplice attenzione preferenziale al tema ancora problematico dell'annullamento d'ufficio e delle sue interazioni con gli altri istituti quali la conferenza di servizi, il silenzio assenso, la SCIA.

<sup>31</sup> V. in proposito A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, efficienza*, in M.A. SANDULI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 24 ss., in particolare 30: «l'efficacia (efficacia sociale) misura la relazione tra obiettivi e risultati, imponendo la congruità tra i prodotti dell'azione e i fini stabiliti, in termini di interessi e bisogni soddisfatti».

<sup>32</sup> Sia consentito sul punto il rinvio a C. NAPOLITANO, *Profili organizzativi dell'autotutela*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, 241 ss.

<sup>33</sup> E che, dunque, l'elemento distintivo dei due istituti sta nella (il-)legittimità del provvedimento originario.

Il fatto che questo sia contrario al paradigma normativo costituisce per l'annullamento officioso la ragione della sua funzionalizzazione tendenzialmente giustiziale, più che d'amministrazione attiva.

Al contrario, poiché l'Amministrazione può esercitare il potere di revoca su un atto legittimo (anzi, *proprio perché* tale) al fine di amministrare interessi sopravvenuti rispetto a quelli già precedentemente bilanciati, può parlarsi – o forse è opportuno che si parli – di un potere d'amministrazione attiva.

contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la prevalenza di tale interesse pubblico su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole»<sup>34</sup>.

#### 4. *Ridefinizioni normative dei presupposti della revoca: l'intervento del 2014*

Il differente destino che subiscono revoca e annullamento d'ufficio è peraltro reso evidente dal fatto che, ancor oggi, il potere di cui all'art. 21-*nonies* è oggetto di tormentate riforme che ne limitano sempre più l'esercizio, rendendolo per presupposti e tempi d'esercizio ormai quasi pari al potere giurisdizionale: basti pensare agli interventi governativi circa i procedimenti emergenziali legati all'emergenza sanitaria Covid-19<sup>35</sup> nonché – anzi, soprattutto – alla recentissima modifica di semplificazione intervenuta proprio sul testo dell'art. 21-*nonies* che riduce da diciotto a dodici mesi il termine generale massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Viceversa, la revoca ha visto l'ultimo intervento sostanziale nel 2014, col decreto legge n. 133 convertito in legge 11 novembre 2014, n. 164: intervento che, peraltro, ha condiviso con la riforma del 2015 l'intento di fondo di garantire al privato la stabilità dei provvedimenti ampliativi, restringendo leggermente<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 1837/2020.

Cfr. anche Tar Palermo, sez. I, 17 luglio 2018, n. 1629, il quale – pur configurando la revoca come potere di autotutela – sancisce l'ampia discrezionalità dell'atto e dunque l'obbligo di approfondita e puntuale motivazione: «A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige, infatti, solo una valutazione di opportunità, seppur ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicché il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente».

<sup>35</sup> Ci si riferisce ai «procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e sospensioni, da parte di pubbliche amministrazioni, in relazione all'emergenza COVID-19», per i quali – in ossequio all'art. 246, co. 1, lett. *a*), *b*), *c*), d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio) – valgono le seguenti previsioni:

- le autocertificazioni sostituiscono a tutti gli effetti ogni documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento;
- i provvedimenti amministrativi conclusivi illegittimi possono essere annullati d'ufficio entro il termine di soli *tre mesi* dalla loro adozione, salva l'ipotesi di autocertificazioni false o mendaci;
- il medesimo termine di *tre mesi* vale per l'esercizio dei poteri inibitori in autotutela nel caso di SCIA illegittima per le attività in relazione all'emergenza Covid-19 iniziate su segnalazione certificata di cui all'art. 19, l. n. 241/1990.

<sup>36</sup> Sempre Tar Palermo, sez. I, n. 1629/2018: «Ancorché l'innovazione del 2014 abbia inteso accrescere la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela

i presupposti del potere di revoca ma mantenendo inalterata la sua illimitata applicabilità nel tempo.

Da allora la disposizione è rimasta intatta. Solo col decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, il c.d. decreto Rilancio, nell'ottica di favorire gli investimenti per rimettere in circolazione l'economia a seguito della crisi pandemica, è stato previsto che i provvedimenti aventi per oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e sospensioni, legati all'emergenza sanitaria Covid-19 sono revocabili solo per «*eccezionali* ragioni d'interesse pubblico sopravvenute»<sup>37</sup>. In altre parole, anche i provvedimenti adottati nella temperie emergenziale sono astrattamente revocabili: nessuna limitazione temporale, ma solo l'imposizione di un pervasivo obbligo motivazionale da parte della p.A. che intenda revocarli, sulla scorta di «*eccezionali*» e «*sopravvenute*» ragioni d'interesse pubblico.

Nonostante gli aperti dissensi della dottrina<sup>38</sup>, il legislatore del 2014 ha tenuto ferma la controversa figura della revoca c.d. *ius poenitendi*<sup>39</sup>, escludendo

---

in questione (per mezzo dell'esclusione dei titoli abilitativi o attributivi di vantaggi economici dal catalogo di quelli revocabili in esito a una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario), il potere di revoca resta connotato da un'ampia (e, forse, eccessiva) discrezionalità». Per la giurisprudenza, peraltro, i presupposti per il valido esercizio dello *ius poenitendi* dopo la riforma del 2014 sono rimasti definiti «con formule lessicali (volutamente) generiche» (cfr. Tar Trento, sez. I, 3 gennaio 2018, n. 2).

<sup>37</sup> Art. 264, co. 1, lett. d), d.l. n. 34/2020, cit.

<sup>38</sup> M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., rammenta le opinioni dottrinali sulla revoca-ripensamento: «ammessa [...] solo da una parte della dottrina, ma con grande cautela, in caso, cioè, di atti non ancora efficaci (M.S. Giannini), o dietro indennizzo (R. Alessi), o se espressamente prevista dalla legge (S. Romano), ma per lo più avversata, tra gli altri dal Maestro che oggi ricordiamo [A.M. Sandulli, n.d.r.], risolvendosi in una revoca *ad nutum*, foriera di un possibile esercizio arbitrario del potere amministrativo, “grave ferita” [...] all'affidamento nella certezza e stabilità delle situazioni giuridiche soggettive nate o rese esercitabili dall'atto revocando, ed in contrasto non soltanto con i postulati di uno Stato di diritto», 9.

<sup>39</sup> M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, cit., distingue tra il ripensamento dovuto a un rinnovato apprezzamento d'interessi che, anche ove ben ponderati in primo grado, abbiano poi modificato la propria consistenza, e il riesame strettamente inteso, di fatti che non si sono modificati nel tempo, lasciando in questo caso un'applicazione più restrittiva della norma. La revoca-ripensamento – che per M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., costituisce la rappresentazione più forte della dialettica autorità-libertà, cfr. p. 6 – deve insomma, specialmente nell'ipotesi di esercizio dello *ius poenitendi*, bilanciare la flessibilità e la dinamicità del potere, da un lato, e la legittima pretesa dei privati alla stabilità della decisione amministrativa, laddove essa non sia illegittima o viziata. Peraltro, nel caso della revoca ripensamento si presenta il problema della revoca per vizi originari di merito del provvedimento: un'ipotesi che contribuisce a renderne labile il confine con l'annullamento d'ufficio, specialmente dopo l'intervento – nel 2005 – del comma 1-*bis* che consente in pratica una revoca retroattiva (sugli atti a efficacia istantanea) e dell'accen-tuazione, nell'art. 21-*nonies*, della dimensione discrezionale e funzionale dell'annullamento laddove si richiede l'attualità di un interesse pubblico a esercitare quel potere. F. COSTANTINO, *La revoca*

dalla sua applicazione i «provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici», che dunque non sono più soggetti al mero ripensamento dell'Amministrazione.

È altresì vero che, nonostante questa sottrazione al potere di revoca sia mossa dalla necessità di rendere più stabili i provvedimenti attributivi di questi vantaggi, l'effetto dell'applicazione giurisprudenziale di questa clausola non pare variare più di tanto i termini della questione circa l'ammissibilità della revoca penitenziale nei confronti degli atti il cui effetto è di attribuire vantaggi economici ai propri destinatari: l'esclusione dallo *ius poenitendi* è infatti concepita solo per quei provvedimenti che attribuiscono vantaggi con una certa stabilità o "definitività" *ex se*, per esempio aggiudicazioni definitive di gara.

Il legislatore del 2014 ha – in coerenza con l'intento di conferire stabilità alle decisioni – limitato altresì la revoca per sopravvenienze di fatto – per tutti i provvedimenti – a quelle ipotesi «non prevedibili al momento dell'emanazione del provvedimento»: fattispecie di difficile enucleazione, rimessa alla valutazione prudente della p.A. e poi (eventualmente) del Giudice, nella quale si riscontra peraltro giurisprudenza in casistica assai puntuale<sup>40</sup>.

Infine, la revoca è ancora possibile (per tutti i provvedimenti) per «sopravenuti motivi di pubblico interesse», ancora di difficile distinzione dalle soprav-

---

*del provvedimento*, cit., 789, afferma che in origine gli atti viziati nel merito erano suscettibili di annullamento, ma per evitare arbitrii dell'Amministrazione si sono vincolati fortemente i presupposti e gli effetti di quel potere, tanto da ricondurlo, in realtà, alla revoca. In proposito, S. ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, cit., insegna che ai fini della distinzione tra annullamento e revoca non sarebbe essenziale discriminare tra originarietà o meno del vizio del provvedimento: secondo il Maestro non si può aderire alla tesi per cui a causa di un vizio originario un atto si annulla, mentre lo si revoca quando, al momento della sua emanazione, esso sia valido, per poi divenire inopportuno. «Questa opinione appare praticamente esatta nella maggior parte dei casi, ma si rivela difettosa quando si pensa che l'invalidità di un atto può non essere originaria, ma posteriore alla sua formazione: siffatta invalidazione successiva, che è, generalmente e sin dal diritto romano, ammessa per i negozi privati, sembra che debba altresì ammettersi per gli atti amministrativi e non solo per ragioni di legittimità, ma anche di merito», cit. 390.

<sup>40</sup> Per esempio in materia di revoca di misure restrittive sanitarie a seguito di nuove analisi: «Legittimamente la Asl procede alla revoca (e non all'annullamento) di precedenti misure restrittive ad efficacia durevole (nella specie, il blocco della movimentazione dei volatili in entrata e in uscita dal capannone di un'azienda avicola) laddove i risultati di un primo campionamento siano state contraddetti dal successivo campionamento eccezionale di conferma per sospetto di risultati errati (c.d. falso positivo); ciò costituisce, infatti, proprio un mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, in assenza di elementi che inducano a ritenere che il primo campionamento fosse stato eseguito in violazione della normativa tecnica di settore» (Tar Lazio, Latina, sez. I, 26 aprile 2019, n. 346).

venienze di fatto<sup>41</sup>, seppure solo queste ultime siano oggi sottoposte alla condizione dell'imprevedibilità<sup>42</sup>.

5. *Altri aspetti della revoca: le garanzie procedurali.*

Non v'è alcuna disposizione specifica sul procedimento per revocare, ma è ormai dato consolidato in giurisprudenza che al destinatario siano riservate tutte le garanzie partecipative<sup>43</sup>, in quanto titolare di un affidamento legittimo (poiché non è in discussione la legittimità di un provvedimento).

Si colloca in posizione apparentemente distonica da questa lettura l'orienta-

---

<sup>41</sup> Difficile ipotizzare una sopravvenienza che non si corredi al sorgere di un nuovo interesse pubblico: d'altra parte, è proprio la giuridica rilevanza dell'evento sopravvenuto, che spinge l'Amministrazione a riconsiderare il provvedimento e, se del caso, a revocarlo. Per la considerazione unitaria dei due presupposti, M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit.; invece, secondo G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo, I (L'attività)*, Padova, 2009, la revoca per mutamento della situazione di fatto non sembra diversa dalla revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, dato che il mutamento dei fatti non può non condurre a una nuova valutazione degli interessi in gioco. I due presupposti sarebbero, in realtà, le due facce della stessa medaglia. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 251, sostiene invece che «i sopravvenuti motivi di pubblico interesse» abbiano la loro autonomia rispetto al «mutamento della situazione di fatto»; e l'intervento legislativo dello Sblocca Italia, vertendo su uno solo di questi due presupposti, ne sarebbe l'indiretta conferma.

Non v'è tuttavia chi non veda la difficile distinzione tra questi due presupposti, non di rado considerati unitariamente (e ritenuti fungibili) dalla giurisprudenza. V. per esempio Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 maggio 2016, n. 5733: «Il provvedimento di revoca di una gara di appalto per la fornitura di bollini farmaceutici destinati ad essere applicati sulle confezioni di specialità medicinali, adottato in ragione della necessità di incrementare la quota di produzione interna da parte dell'IPZS, ancorché si tratti di una circostanza prevedibile al momento dell'indizione della gara, è conforme ai requisiti prescritti dall'art. 21-*quinquies* della l. 241/1990, potendo l'Amministrazione agire in autotutela altresì in dipendenza di sopravvenuti motivi di interesse pubblico ovvero sulla base di una rivalutazione di esso a condizioni di fatto immutate». Come a dire che, ove la revoca non sia legittima in relazione a uno dei tre presupposti di legge, si può sempre vagliare la sua legittimità alla luce degli altri due, ove possano ritenersi comunque configurabili.

<sup>42</sup> Sicché, è stato detto, la revoca per il verificarsi di una sopravvenienza in origine prevedibile – ma non prevista – è illegittima, tramutandosi in un vizio di potere per travisamento dei fatti e carenza d'istruttoria: è probabile, però, che in questo caso, al fine di configurare un'oggettiva «soppravvenienza non prevedibile» diventi necessario sondare l'aspetto soggettivo dell'*animus* del funzionario e della sua buona fede, escludendone profili di dolo o colpa. Cfr. in proposito A. CONTIERI, *I provvedimenti di secondo grado*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI e F. SAIITA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 454.

<sup>43</sup> Prima di tutto, la comunicazione di avvio del procedimento. *Ex multis*, Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 25 settembre 2014, n. 463: «Ogni atto di ordinario esercizio di pubblici poteri resta subordinato al rispetto delle regole generali che informano i rapporti tra Amministrazioni e amministrati. In particolare, è necessario comunicare l'avvio del procedimento, consentire all'interessato e a eventuali cointeressati e controinteressati di parteciparvi, dimostrare la sussistenza dei presupposti che, ai sensi degli artt. 19 e 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990 ne consentono

mento giurisprudenziale che afferma la non necessarietà della comunicazione di avvio allorché l'Amministrazione revoca l'aggiudicazione provvisoria della gara, a cagione della sua intrinseca – appunto – provvisorietà e inattitudine a radicare l'affidamento nell'aggiudicatario. Per questo filone pretorio, richiamato anche più sopra, quell'atto amministrativo non è in grado di conferire diritti, pertanto la sua revoca non è qualificabile come vera e propria autotutela, poiché non v'è necessità di contemperare l'interesse della p.A. a interrompere l'efficacia di quell'atto e l'interesse – contrario – del suo eventuale beneficiario a conservarla, poiché in realtà un beneficiario ancora non c'è. Fino a che non vi sia un'aggiudicazione definitiva della procedura a evidenza pubblica, il rapporto tra la stazione appaltante e i concorrenti è ancora molto fluido e dinamico, non ci sono posizioni cristallizzate né diritti acquisiti, ma solo aspettative. Perciò la p.A. può esercitare la sua piena discrezionalità nel revocare gli atti di gara (compresa l'aggiudicazione provvisoria) senza curarsi di avvisare le imprese concorrenti dell'avvio del procedimento di revoca<sup>44</sup>.

In realtà, l'orientamento appena riferito è fuorviante: poiché qualifica come «revoca» il mero ritiro di un atto endoprocedimentale (l'aggiudicazione provvisoria<sup>45</sup>), laddove invece la revoca investe provvedimenti, dunque gli atti conclusivi del procedimento, idonei a stabilizzare le posizioni giuridiche oggetto della valutazione amministrativa.

---

l'esercizio, ivi compreso il rispetto del tempo ragionevole per porre in essere il provvedimento di secondo grado e la comparazione dell'interesse pubblico con l'aspettativa del privato, infine motivare in ordine alle ragioni di fatto che ne giustificano l'adozione».

<sup>44</sup> *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323: «La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell'aggiudicazione provvisoria, spiega la non tutelabilità processuale di quest'ultima ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4183): la sua revoca (ovvero, la sua mancata conferma) non è infatti qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale cioè da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento.

Se la decisione di non giungere alla naturale conclusione della gara interviene nella fase dell'aggiudicazione provvisoria – fase nella quale non si è determinato alcun affidamento qualificato neppure in capo all'aggiudicatario provvisorio (titolare, al più, di una mera aspettativa di fatto) – del pari non sorge alcun obbligo in capo alla stazione appaltante di procedere alla notifiche degli avvisi di avvio del procedimento, né all'aggiudicatario provvisorio né a terzi (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189).

Fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da scongiurare, la prosecuzione della gara (Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2418; in termini, Consiglio di Stato, sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 67)».

<sup>45</sup> Peralto eliminata dall'art. 32, decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, il quale enumera solo la «proposta di aggiudicazione» della gara e l'aggiudicazione *tout court*: cfr. in proposito Consiglio di Stato, Sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6904.

Sicché è comprensibile la carenza di garanzie procedurali e la giustificata omissione dell'avviso di avvio del procedimento. Nondimeno, emerge il tema della possibile lesione dei diritti partecipativi degli operatori economici che partecipano alle procedure a evidenza pubblica<sup>46</sup>: tanto che – indipendentemente dalla legittimità della revoca – il comportamento della p.A., come si vedrà *infra*, è comunque suscettibile di affermazione di responsabilità precontrattuale da comportamento.

È stato molto discusso il rilievo dell'invalidità formale della revoca non preceduta dal contraddittorio con il privato e del correttivo di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, ma la dottrina più attenta<sup>47</sup> e la giurisprudenza maggioritaria non ritengono ormai applicabile, per le ragioni anzidette, l'inannullabilità per vizi formali<sup>48</sup>.

Ciò in quanto – anzitutto – l'applicazione dell'art. 21-*octies*, nella parte qui considerata, risulta essere praticamente limitata al solo mancato avviso di avvio del procedimento<sup>49</sup>, peraltro sempre laddove a questa mancanza possa supplirsi con una totale assenza di discrezionalità in capo alla p.A. decidente (per definizione invece presentissima nei provvedimenti di revoca, ampiamente discrezionali) oppure – nel caso di provvedimenti di diniego su procedimenti a istanza di parte – con il preavviso *ex* art. 10-*bis*<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> V. in proposito M. IMMORDINO, A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, cit., i quali – premesso che il provvedimento di revoca ha connotato in sé il necessario bilanciamento tra l'interesse pubblico sopravvenuto e gli interessi privati che ne sono incisi – prospettano la possibilità che quel provvedimento sia preceduto dall'avviso di avvio del procedimento quanto meno nelle ipotesi di esercizio del c.d. *ius poenitendi*.

<sup>47</sup> Già nel 2007 M. IMMORDINO, A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, cit.

<sup>48</sup> M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit.; ID., A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, cit. La giurisprudenza sul punto è divisa tra l'orientamento che sancisce la sanabilità *ex* art. 21-*octies*, comma 2, della revoca non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, quando essa assuma i caratteri di un provvedimento sanzionatorio e dal contenuto vincolato (cfr., *ex multis*, Tar Lombardia, sez. III, 2 dicembre 2011, n. 3103, in materia di revoca della patente di guida); e l'indirizzo – maggioritario – per cui la revoca non preceduta dal contraddittorio con il privato è illegittima e non sanabile *ex* art. 21-*octies*, co. 2 (cfr., *ex multis*, Tar Lazio, sez. I, 19 aprile 2012, n. 329).

<sup>49</sup> L'art. 21-*octies*, co. 2, ha un «minutissimo ambito di applicazione», come sottolinea A. DE SIANO, *Le forme della decisione della p.A.*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 11 ss., spec. 48.

<sup>50</sup> A seguito dell'addenda di cui alla legge 11 settembre 2020 n. 120, l'inannullabilità per vizi formali è ormai espressamente esclusa anche dal dato normativo per quei provvedimenti discrezionali, su istanza di parte, che non siano stati preceduti dal preavviso di diniego. Questo intervento legislativo ha smentito un – comunque minoritario – orientamento giurisprudenziale per il quale «l'art. 10-*bis*, legge n. 241 del 1990 [...] non comporta, così come la comunicazione di avvio del procedimento, l'automatico annullamento del provvedimento finale nell'ipotesi in cui le disposizioni in questione siano state disapplicate» (Consiglio di Stato, sez. III, 20 settembre 2016,

In secondo luogo, è opportuno precisare che le garanzie procedurali che assistono l'esercizio della revoca sono limitate – secondo la giurisprudenza – alle ipotesi nelle quali effettivamente debba farsi luogo a un'interruzione degli effetti di un provvedimento che abbia *definito* le posizioni nel procedimento, cristallizzatesi dopo la decisione della p.A.<sup>51</sup>. La partecipazione, il contraddittorio, il confronto, sono insomma indefettibili solo laddove il provvedimento revocando manifesti una certa *resistenza*<sup>52</sup> ai nuovi ripensamenti o alle sopravvenienze normative e di fatto: questa caratteristica è data dalla capacità del provvedimento di generare posizioni soggettive differenziate e qualificate, diverse da una mera aspettativa di risultato<sup>53</sup>.

---

3913). Sicché, oggi, non è annullabile il provvedimento vincolato adottato senza il previo preavviso di rigetto (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 2 agosto 2021, n. 5676). Viceversa, l'art. 21-*octies*, co. 2, non si applica ai provvedimenti discrezionali (per esempio, autorizzazione paesaggistica, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VII, 19 luglio 2021, n. 4971) neanche per la violazione dell'art. 10-*bis*.

<sup>51</sup> *Ex multis*, Tar Lazio, Latina, sez. I, 4 novembre 2021, n. 599, sulla fattispecie di revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva di una gara: «Ogni qualvolta la P.A. intenda emanare un atto di secondo grado (annullamento, revoca, decadenza), incidente su posizioni giuridiche originate dal precedente atto, oggetto della nuova determinazione amministrativa di rimozione, è necessaria la comunicazione dell'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/90, qualora non sussistano ragioni di urgenza da esplicitare adeguatamente nella motivazione del provvedimento».

<sup>52</sup> Questa resistenza del provvedimento primigenio a successive manifestazioni del potere in senso ininterrottivo della sua efficacia costituisce, secondo N. BERTI, *Le decisioni di modifica*, cit., 446, il fondamento della disciplina della revoca, la quale non si identificherebbe col potere di primo grado: essa, al contrario, «appare in larga parte diversa, nella causa, nella struttura e nei limiti, dallo schema di validità proprio del potere di primo grado. Quest'ultima disposizione si rivelerebbe, in tal modo, non solo una norma sulla competenza (o di conferimento di potere), ma anche, implicitamente, una norma sui conflitti, in quanto, sottoponendo la rimozione degli effetti del provvedimento ad un regime giuridico speciale, esclude logicamente che essa possa validamente realizzarsi attraverso la mera riedizione abrogativa del potere di primo grado» (corsivi originali). Cfr. in tal senso anche M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, per il quale «dal fatto che, per rimuoverlo legittimamente, devono sussistere i presupposti speciali richiesti [...], sembra logico ricavarne che il provvedimento amministrativo oppone in ogni caso una certa resistenza all'abrogazione da parte di un provvedimento successivo dello stesso organo», 199.

<sup>53</sup> È il caso dall'annullamento di un concorso dopo l'approvazione delle graduatorie da parte della commissione di concorso ma prima della formale approvazione da parte del responsabile di settore. Cfr. Tar Marche, sez. I, 10 novembre 2021, n. 793: anche se la vicenda concerne l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, il principio ivi affermato vale anche per la revoca. La posizione differenziata del privato, titolare di un interesse legittimo al mantenimento del bando di concorso e degli atti della procedura ormai espletata, dovrebbe cioè esser generata già dall'approvazione della graduatoria – che lo vede vincitore – da parte della commissione di concorso. Si relegherebbe, così, l'approvazione finale degli atti a poco più che una formalità, collegando invece l'effetto costitutivo della posizione qualificata a un momento anteriore della procedura.

Questa lettura fa il paio con le sue conseguenze processuali, per le quali il momento d'individuazione di eventuali controinteressati al ricorso di un concorrente escluso coincide con l'approvazione della graduatoria finale: sicché, ove assieme all'atto d'esclusione non sia impugnata anche

### 5.1. *Segue: l'indennizzo e la responsabilità*

Volendo qui prescindere dalle questioni concernenti il suo fondamento e i suoi presupposti applicativi, v'è che, comunque, la revoca interrompe l'esplicazione degli effetti del provvedimento primigenio *pro futuro*, sicché è indubbio che uno dei gangli fondamentali sui quali si attestano le controversie concernenti l'esercizio di questo potere (laddove esercitato nei confronti dei provvedimenti che spiegano effetti favorevoli e ampliativi) sia il conflitto tra il potere stesso e l'interesse contrario del beneficiario a conservare i vantaggi conseguiti dal provvedimento revocando.

Questo contrasto, ferma restando la discrezionalità dell'Amministrazione nel revocare o meno il proprio provvedimento, è gestito normativamente e per via pretoria tramite l'approntamento di una serie di garanzie per il privato: dall'individuazione dei presupposti per l'esercizio del potere, alle garanzie procedurali obbligatorie per la p.A. che voglia procedervi, fino alla riparazione patrimoniale del danno subito per la revoca. A queste accortezze – l'ultima delle quali non è esente da alcuni profili ancora sfuocati<sup>54</sup> – se ne aggiunge un'altra, di tenore più generale e che non concerne solo la revoca ma piuttosto l'agire provvedimento della p.A., ovvero l'affermazione della responsabilità dell'Amministrazione.

Concentriamoci dunque anzitutto sull'indennizzo quale strumento di tutela patrimoniale del privato<sup>55</sup>.

Per prendere ancora a prestito le parole della giurisprudenza, «di fronte ad un atto espressivo di apprezzamenti di carattere ampiamente discrezionale, riconducibile a una diversa valutazione del medesimo interesse pubblico che aveva originariamente indotto l'Amministrazione ad emettere l'atto poi ritirato, qualsiasi affidamento privato è destinato a soccombere, tanto è vero che l'art. 21-*quinquies* [...] non attribuisce ad esso alcun rilievo impeditivo all'esercizio del relativo potere, diversamente da quanto previsto per l'annullamento d'ufficio dal successivo art. 21-*nonies*. La prima delle norme della legge generale sul procedimento amministrativo ora citato tutela, infatti, il contrapposto interesse destinato

---

la graduatoria finale, il ricorso è improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse (*ex plurimis*, Tar Campania, Napoli, sez. V, 17 maggio 2021, n. 3250; Id., 7 aprile 2021, n. 2296; Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2020, n. 6959).

<sup>54</sup> Ci si riferisce al fondamento dell'indennizzo, alla sua quantificazione, alla sua automaticità ovvero alla sua eventualità, realizzatasi solo ove effettivamente si sia provocato un danno al privato: per questi e altri profili, G. LA ROSA, *Il "costo" del ripensamento dell'Amministrazione: riflessioni sull'indennità di revoca*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, spec. 274-276.

<sup>55</sup> Tutela compensativa a fronte di un atto generatore di responsabilità in capo alla p.A.: cfr. G. CORSO, *La responsabilità della pubblica Amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, n. 2/2009, 203 ss., per il quale l'art. 21-*quinquies* è sicuramente riconducibile al paradigma della responsabilità da atto lecito.

unicamente sul piano patrimoniale, attraverso l'indennizzo e dunque mediante un ristoro pecuniario conseguente ad un atto lecito ma pregiudizievole per i contrapposti interessi privati»<sup>56</sup>.

Sul punto si osserva che, come noto, il legislatore del 2014 ha ristretto l'ambito operativo della revoca al fine di garantire un certo grado di sicurezza e stabilità agli investimenti economici e finanziari sul territorio, fermo comunque il diritto all'indennizzo<sup>57</sup>, cioè alla compensazione economica del pregiudizio: la cui quantificazione è regolata solo per l'ipotesi di revoca di atti a efficacia durevole o istantanea incidenti su accordi negoziali, limitandone l'ammontare al solo danno emergente<sup>58</sup>.

Si tratta di una previsione che – seppure relativa ad atti incidenti su rapporti bilaterali – è stata ampiamente generalizzata<sup>59</sup>, costituendo così un obbligo normativo d'indennizzo per tutte le ipotesi di revoca, limitato al danno emergente lamentato dal privato.

Tuttavia essa, come noto, ha prestatato il fianco a rilievi critici sotto un duplice profilo: per un verso, il riferimento agli atti a efficacia istantanea (che hanno quindi già esaurito i loro effetti) sfuma eccessivamente il confine tra revoca e annullamento d'ufficio<sup>60</sup>; per l'altro, la delimitazione dell'indennizzo al parame-

<sup>56</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013; Id., 14 ottobre 2014, n. 5082.

<sup>57</sup> Per G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 332, l'indennizzo, rendendo onerosa la revoca, dovrebbe essere una remora per la p.A.: se il ripensamento dipende da un'erronea valutazione iniziale ammessa dalla stessa autorità, l'indennizzo per i danni subiti dai destinatari della revoca non potrebbe gravare sulla collettività, ma del suo esborso l'agente dovrebbe rispondere davanti alla Corte dei conti, a titolo di responsabilità amministrativa.

<sup>58</sup> Tenendo conto – nella determinazione dell'importo – sia della conoscenza o conoscibilità, da parte dei “contraenti”, della contrarietà dell'atto oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei “contraenti” stessi all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico. In proposito, A. CONTIERI, *I provvedimenti di secondo grado*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI e F. SAIITA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 456.

<sup>59</sup> Così accogliendo quelle tesi dottrinali che sostennero l'indennizzabilità in caso di revoca o recesso da accordi *ex art.* 11, l. n. 241/90 già all'indomani dell'entrata in vigore della legge sul procedimento: P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali: studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, cit.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado*, cit. V. in proposito anche F. VOLPE, *Prime riflessioni sulla riforma dell'art. 21-quinquies della legge sul procedimento amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 2007, e, più di recente, S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti amministrativi incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2009. Dello stesso A., relativamente al ruolo della sopravvenienza nel potere amministrativo eventualmente ancora in vita dopo la stipula dei contratti pubblici, v. *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urb. app.*, n. 5/2020, 641 ss.

<sup>60</sup> G. CORSO, *Manuale*, cit., 316: «la disposizione è totalmente incongrua. Prima di tutto perché ipotizza la revoca di un provvedimento che fin dall'origine era contrario all'interesse pubblico, mentre secondo la stessa definizione contenuta nel comma 1, sono i “sopravvenuti motivi di pubblico interesse” che giustificano la revoca. Si può aggiungere che un provvedimento, se

tro della buona fede (*sub specie* di conoscenza e/o conoscibilità della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico, o anche di concorso nell'erronea valutazione della sua compatibilità con esso) rischia di provocare un'inversione di ruoli tra privato e Amministrazione<sup>61</sup>.

È stato così affermato che, per il tramite della quantificazione dell'indennizzo, la buona fede costituisce "misura di legittimità" dell'affidamento riposto nel provvedimento<sup>62</sup>. È evidente, comunque, che lo sforzo del legislatore del 2014 è stato quello di rispondere alle istanze dei privati di maggiore certezza e stabilità, tentando così di adeguarsi anche a quegli influssi del diritto UE che – in qualche misura – annettono alla tutela dell'affidamento un particolare rilievo nell'esercizio dei poteri di secondo grado, addirittura escludendo in linea di principio che possa essere ritirato un provvedimento legittimo che abbia anche concesso diritti al suo destinatario<sup>63</sup>.

Non può non rilevarsi, tuttavia, un'applicazione giurisprudenziale estremamente limitata del criterio di conoscibilità – addirittura da parte di terzi – dalla

---

nel momento della sua adozione è "contrario" o "non compatibile" con l'interesse pubblico è illegittimo; sicché il provvedimento di secondo grado che ad esso si addice non è la revoca ma l'annullamento d'ufficio, che non dà luogo a indennizzo. Se poi all'errore dell'amministrazione hanno concorso i terzi [...] non si vede perché il contraente destinatario della revoca debba subire una decurtazione dell'indennizzo». Anche M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., è critica rispetto a questa scelta del legislatore. Per M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1/2010, 270 ss., «Benché si tratti nominalmente di un potere di "revoca", il potere di autotutela in questione appare sostanzialmente riconducibile a un'ipotesi di annullamento per vizi originari degli atti amministrativi, e segnatamente a una particolarissima ipotesi di annullamento per vizi di merito».

<sup>61</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, IV ed., Bologna, 2007, 108, sostiene che nella logica della quantificazione dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies* i privati diventano quasi i «tutori» della p.A., condividendo con quest'ultima il dovere di curare l'interesse pubblico e, quindi, di vegliare sulla conformità a quell'interesse del provvedimento amministrativo, pena la decurtazione dell'indennizzo.

<sup>62</sup> M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, cit., la quale afferma, 347, «pur in assenza di un esplicito riferimento nell'art. 21-*quinquies* al legittimo affidamento, tale principio trova ingresso e concretezza, oltre che per costante giurisprudenza, anche per il tramite del canone della buona fede; vale a dire, l'eventuale "concorso di colpa" del destinatario nella valutazione di compatibilità tra il provvedimento oggetto di riesame e l'interesse pubblico, sempre escludere in radice la possibilità del consolidamento dell'affidamento riposto dal privato stesso nel provvedimento. Ciò in quanto il riferimento alla necessaria buona fede specifica la circostanza che l'affidamento deve essere incolpevole per costituire aspettativa legittima tutelata dall'ordinamento».

<sup>63</sup> È nota la posizione della giurisprudenza unionale che predica, in linea di massima, l'illegittimità del ritiro dell'atto legittimo *sub specie* di revoca, ove il privato vi abbia riposto affidamento. Il principio è espresso nel *leading case* della Corte di giustizia sul ritiro dei provvedimenti, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 12 luglio 1957, in cause riunite C-7/56 e 3-7/57, *Algera et a. v. Common Assembly*. La pronuncia costituisce il punto di partenza di un consistente filone giurisprudenziale che ha scandagliato i rapporti tra il potere amministrativo di ritiro dei provvedimenti e la tutela del legittimo affidamento dei privati.

originaria *inopportunità* del provvedimento: esso, nella fallibile opinione di chi scrive, richiede l'esplicazione di un giudizio controfattuale che francamente nulla apporta alla reale "misurazione" del legittimo affidamento<sup>64</sup>. Questo sia nel caso più eclatante, nel quale il destinatario della revoca potrebbe subire una decurtazione dell'indennizzo spettantegli ove *un terzo* potesse conoscere (secondo quel giudizio controfattuale) della originaria *inopportunità* del provvedimento revocato; sia nel caso in cui la conoscibilità sia riferita al medesimo destinatario della revoca, poiché questo criterio nulla ha a che vedere con il presupposto principale dell'esercizio di questo potere, ovvero la legittimità di un atto, seppur non ritenuto opportuno e soddisfacente l'interesse pubblico<sup>65</sup>.

Ad ogni modo, i dubbi interpretativi concernenti la disposizione ora esaminata non hanno impedito di conferire un rilievo trasversale al *quantum* indennitario nel caso di revoca *ex co.* 1 dell'art. 21-*quinquies*, ovvero non necessariamente incidente su rapporti negoziali: si tratta pur sempre di una liquidazione che ha l'obiettivo di ristoro patrimoniale di un pregiudizio<sup>66</sup> procurato al privato da un'attività lecita<sup>67</sup>, il cui ammontare è pari al c.d. danno emergente<sup>68</sup>.

Quanto, nella specie, a quest'ultimo aspetto, val la pena di sottolineare quanto ampiamente sostenuto da consolidata giurisprudenza, che distingue il risarcimento dall'indennizzo non solo nel *quantum*, ma anche nel fondamento – danno ingiusto il primo, danno da attività lecita il secondo – e nelle conseguenti domande processuali di riparazione delle quali investire il Giudice amministrativo. E così, laddove il privato instauri un giudizio volto a ottenere l'indennizzo da revoca, la *causa petendi* dovrà essere ravvisata, nel più generale sistema della

<sup>64</sup> Diversamente da quanto riferibile all'annullamento d'ufficio, laddove la conoscibilità deve riferirsi alla *illegittimità* del provvedimento da rimuovere e quindi alla totale ingiustizia del beneficio del quale il privato ha goduto scientemente *contra jus*. Nel caso della revoca, invece, si addossano al privato valutazioni di opportunità e ragionevolezza che, a parer di chi scrive, sono coperte da riserva di amministrazione.

<sup>65</sup> Le medesime perplessità, opportunamente indagate e approfondite, sono espresse da G. LA ROSA, *Il "costo" del ripensamento*, cit.

<sup>66</sup> La cui prova è rimessa ovviamente al privato: deve escludersi un generalizzato dovere della p.A. di liquidare un indennizzo a fronte di revoche che non abbiano provocato al privato alcun danno. Cfr. Corte di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, sez. giur., 13 febbraio 2021, n. 164: «la domanda di riparazione in forma di indennizzo, ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990, indipendentemente dalla questione se l'ipotesi in oggetto si ponga come un tipo di rimedio per un danno giusto, come invero potrebbe dedursi dalla lettura del primo capoverso della norma, ovvero come una specificazione della fattispecie di responsabilità per un danno ingiusto, formulata dall'art. 2043 c.c., come potrebbe dedursi dalla formulazione del successivo 1-*bis/ter* del medesimo articolo 21-*quinquies*, postula che in entrambi i casi la concessione del rimedio riparatorio, presuppone l'esistenza di un danno concreto ed attuale in capo al destinatario del provvedimento, cui incombe la prova».

<sup>67</sup> G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003.

<sup>68</sup> V. in proposito la ricostruzione del criterio di quantificazione dell'indennizzo da revoca e le difficoltà della dottrina, come offerta da G. LA ROSA, *Il "costo" del ripensamento*, cit., spec. 258 ss.

responsabilità da fatto lecito, «nella legittimità dell'atto adottato dall'Amministrazione, ovvero nella liceità della condotta da questa tenuta e che ha causato il pregiudizio, cui consegue, *per ragioni di giustizia distributiva e di parziale traslazione dell'impatto pregiudizievole, un incompleto ristoro* contemplato di volta in volta dal legislatore». Viceversa, nel giudizio risarcitorio, «essa consiste nel fatto o nell'atto produttivo del danno ingiusto, cui consegue un generalizzato obbligo di integrale ripristino dello *status quo ante* in forma specifica o per equivalente monetario, che tenga indenne il danneggiato dell'intero spettro di pregiudizi subiti». Quanto, poi, al *petitum* nel giudizio per responsabilità da atti legittimi o comportamenti leciti<sup>69</sup>, «esso è limitato al pregiudizio immediatamente subito ed è quindi limitato al c.d. danno emergente», mentre nel giudizio risarcitorio «esso si estende – fermi, ovviamente, i necessari presupposti probatori – a tutto il pregiudizio (danno emergente e lucro cessante), conseguente all'illegittima violazione della sfera giuridico-patrimoniale del soggetto leso»<sup>70</sup>.

Quindi, mentre l'indennizzo prescinde da una eventuale responsabilità della p.A. nell'adozione dell'atto di revoca e risponde a esigenze di giustizia distributiva, tali da traslare almeno *parzialmente* l'impatto pregiudizievole suddividendolo tra il privato e la medesima p.A., il risarcimento del danno – che, a differenza del primo, è volto a ristorare *totalmente* il privato – si accompagna necessariamente a un giudizio di responsabilità.

L'obbligo di indennizzo gravante sulla p.A. non presuppone elementi di responsabilità della stessa, ma si fonda su valori puramente equitativi considerati dal legislatore, onde consentire il giusto bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico attuale da parte dell'amministrazione e la sfera patrimoniale dell'incolpevole destinatario dell'atto di revoca, al quale non possono essere addossati integralmente i conseguenti sacrifici<sup>71</sup>.

Ma, come detto in apertura di questo paragrafo, a fronte dell'esercizio del potere di revoca non si esclude l'affermazione di responsabilità della p.A.

Ciò implica che questa suddivisione apparentemente netta tra indennizzo e risarcimento può subire qualche sfocatura laddove la si osservi dall'angolo visuale della responsabilità dell'Amministrazione. Sino a questo momento si è stati portati a pensare che possa esser esperito con successo nei confronti della “p.A. che revoca” un giudizio di responsabilità soltanto laddove essa adotti un atto di

<sup>69</sup> L'attribuzione dell'indennizzo a favore del soggetto che direttamente subisce il pregiudizio presuppone proprio la legittimità del provvedimento di revoca, atteso che in caso di revoca illegittima subentra eventualmente, sussistendone gli ulteriori presupposti, la diversa ipotesi del risarcimento del danno: cfr. in tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7334; Id., 14 aprile 2008, n. 1667; Id., VI, 8 settembre 2009, n. 5266.

<sup>70</sup> Questa e le precedenti citazioni testuali sono tratte da Tar Aosta, sez. I, 25 giugno 2020, n. 20. Corsivo di chi scrive.

<sup>71</sup> Così, Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662.

revoca illegittimo: si ricadrà, in questo caso, nella più ampia responsabilità da provvedimento *contra jus* ai sensi dell'art. 2043 c.c.<sup>72</sup>. Viceversa, tendenzialmente, potrebbe escludersi un giudizio di responsabilità dell'Amministrazione laddove essa revochi legittimamente un proprio provvedimento: sarà sufficiente in quel caso la liquidazione dell'indennizzo.

In realtà, la casistica concernente le procedure a evidenza pubblica testimonia che la legittimità della revoca degli atti di gara può accompagnarsi anche a un giudizio di responsabilità della p.A.: legittimità dell'atto e liceità del comportamento viaggiano su binari differenti.

È stato efficacemente osservato che, nonostante la legittimità della revoca, può emergere una lesione dell'affidamento del privato degna di autonoma tutela risarcitoria: accade quando quella revoca si è resa inevitabile a causa di negligenze dell'Amministrazione nella gestione della procedura, che sfociano in una responsabilità precontrattuale per violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza nella "trattativa" (*id est*, nella gara)<sup>73</sup>. In questo caso non si parla più di responsabilità da provvedimento illegittimo, bensì di "responsabilità da comportamento": ravvisabile nelle scorrettezze nelle quali l'Amministrazione sia incorsa nelle procedure di gara.

Per usare le parole della giurisprudenza, grava anche sulla p.A. l'obbligo *ex art.* 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative, ossia di rispettare i doveri di lealtà e di correttezza e di porre in essere comportamenti che salvaguardino l'affidamento della controparte in modo da non *sorprendere* la sua fiducia sulla conclusione del contratto<sup>74</sup>, la quale dev'essere

<sup>72</sup> La lunga parabola della natura della responsabilità della p.A. per atto illegittimo – dalle prime norme promananti dal diritto europeo con la c.d. direttiva Rimedi n. 89/665/CE del 21 dicembre 1989, passando per l'art. 13, legge 19 febbraio n. 142, giungendo a un primo approdo con la sentenza-norma della Corte di Cassazione, SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, fino all'art. 30 c.p.a. – ha avuto un'ultima composizione con la sentenza Consiglio di Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7. In questa pronuncia – seppur in tema di danno da ritardo, ma nella quale sono stati espressi principi valevoli per tutta l'attività amministrativa illegittima – si è chiarito che la responsabilità della p.A. è qualificabile come aquiliana, risponde dunque all'inquadramento di cui all'art. 2043 c.c., con gli adattamenti necessari specie sul piano probatorio, che conducono alla presunzione di colpa derivante dall'illegittimità del provvedimento impugnato dal privato, presunzione superabile *ex art.* 2727 c.c. tramite la prova contraria del c.d. errore scusabile dell'apparato. V. in proposito E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza plenaria n. 7 del 2021*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 2021.

<sup>73</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, 823 ss.: «Per lo più la condotta negligente è ravvisata in atti o omissioni che si collocano all'esterno della procedura, come ad esempio l'imprevidenza della gestione finanziaria cui si deve la sopravvenuta insufficienza delle risorse per la copertura della spesa progettata, o il ritardo nell'informare l'interessato della situazione sopravvenuta».

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237. Il Consiglio di Stato – con riguardo a una gara i cui atti erano stati rimossi mediante l'esercizio del potere di autotutela – ha chiarito che l'affidamento consolidato dell'aggiudicatario può ritenersi tutelabile a condizione che ricorrano

fondata su tre elementi: uno oggettivo, consistente nella chiarezza e univocità del vantaggio ottenuto dal privato; uno soggettivo, concernente nel genuino convincimento del privato ad aver titolo a quel vantaggio; infine, uno cronologico, consistente nel decorso di un lasso di tempo sufficiente a consolidare quel convincimento.

Sicché il giudizio circa la responsabilità della p.A. passa al vaglio questi tre elementi, al ricorrere dei quali la revoca – seppur legittima – si tradurrà nell’esito finale di un complessivo comportamento contrario ai canoni di correttezza e buona fede nelle trattative contrattuali, comportando titolo per il risarcimento del danno.

Qualora, invece, anche uno solo di questi tre elementi non emerga nella fattispecie *sub iudice*, l’Amministrazione non dovrà risarcire l’intero pregiudizio subito dalle imprese partecipanti alla gara a titolo di risarcimento del danno, ma esclusivamente indennizzarle – avendo esercitato una revoca legittima – nel *quantum* ritenuto generalmente corrispondente alle sole spese sopportate per la partecipazione alla gara<sup>75</sup>.

#### 6. *La revoca su istanza di parte: profili di doverosità ancora inespressi*

La suestesa riflessione sulla revoca suscita ultimi *input* circa la doverosità del suo esercizio su istanza.

In un precedente contributo<sup>76</sup> si è ritenuto che la revoca incontrasse difficoltà a esser qualificata (anche) come provvedimento a istanza di parte in ragione del principio di efficacia (intesa quale efficacia sociale del provvedimento amministrativo): poiché si fa ricondurre la cessazione degli effetti di un provvedimento non più opportuno né soddisfacente del pubblico interesse nell’alveo del potere funzionalizzato della p.A.<sup>77</sup>, l’orientamento maggioritario – e consolidato

---

tre elementi costitutivi: un elemento oggettivo, consistente nella chiarezza, certezza e univocità del vantaggio del privato, che deve trovare fonte in un comportamento attivo; un elemento soggettivo, rappresentato dalla plausibile convinzione del privato di aver titolo all’utilità ottenuta; un elemento cronologico, ovvero il passaggio del tempo che rafforza la convinzione della spettanza del bene della vita ottenuto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674).

<sup>75</sup> In tal senso, e con plurimi richiami giurisprudenziali, Tar Campania, Napoli, sez. I, 5 gennaio 2021, n. 69.

<sup>76</sup> Sia consentito il rinvio a C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, spec. 249 ss.

<sup>77</sup> Già prima della codificazione della revoca nel 2005, v. G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull’efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2003, 1 ss., circa la cessazione di efficacia e l’illegittimità sopravvenuta del provvedimento: «Sembra pacifico che, ove nel corso del tempo vengano meno i requisiti legali alla cui esistenza il provvedimento era subordinato, nel senso che in assenza di essi la sua emanazione sarebbe risultata in origine illegittima, l’autorità amministrativa abbia non solo il potere ma altresì il dovere di porre nel nulla gli effetti del provve-

in giurisprudenza – è infatti favorevole al mantenimento di una dimensione discrezionale della revoca anche nell'*an*, dunque non coercibile né dal privato né dal Giudice amministrativo.

Più condivisibilmente, un'attenta dottrina ha indicato<sup>78</sup> – contrariamente a quell'indirizzo maggioritario – nella l. n. 241/90 una lettura alternativa e più tridimensionale del principio di efficacia: in ossequio al quale, nel momento in cui il provvedimento cessa di avere efficacia, nel senso che cessa di essere satisfattivo per l'interesse pubblico, l'Amministrazione *deve* esercitare il suo potere di revoca normativamente sancito, pur se a precise e garantistiche condizioni procedurali e tenendo conto del legittimo affidamento degli interessati. Questa lettura trae spunto anche dai recenti studi<sup>79</sup> che affermano – più in generale – la doverosità della funzione amministrativa.

Il principio di efficacia giustificherebbe anche la doverosità della revoca su istanza di parte: è centrale in questa lettura il ruolo collaborativo del privato, la cui istanza di riesame farebbe sorgere l'obbligo per l'Amministrazione di aprire il relativo procedimento. Secondo questa lettura, l'istanza di revoca porta all'attenzione della p.A. il fatto che il provvedimento potrebbe non rispondere più all'interesse pubblico per il quale era stato emanato: l'eventuale accoglimento dell'istanza costituirebbe, pertanto, l'amministrazione di quell'interesse da parte della p.A. *insieme* col privato<sup>80</sup>.

Le norme che consentono questa lettura si trovano al di fuori dell'art. 21-*quinquies*: in specie nell'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dalla legge 9 novembre 2012, n. 192<sup>81</sup>, laddove si prevede l'obbligo di provvedere

dimento. Questo risulta evidente nel caso si tratti di provvedimento sfavorevole per il destinatario; ma è difficile vedere ragioni per dire diversamente nel caso si tratti di atti favorevoli».

<sup>78</sup> M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit.

<sup>79</sup> S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

<sup>80</sup> Ancora M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit.

<sup>81</sup> Ai sensi del quale «Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo». Secondo la compiuta analisi di M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, n. 1/2010, 103 ss., questa norma conferma l'esistenza di un obbligo di provvedere *generalizzato* in capo alla p.A. rispetto a tutte le istanze dei cittadini, anche quelle non giuridicizzate e non tipizzate dal legislatore: ivi incluse, pertanto, le istanze di autotutela, alle quali – secondo una giurisprudenza ancora puntiforme – la p.A. deve rispondere in ossequio ai principi più generali di equità e giustizia, nonché – aggiunge l'A. – al principio di trasparenza, del quale il procedimento amministrativo costituisce la naturale ipostasi, al contrario del silenzio l'esatto. Condivide questa lettura M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit.; nonché S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, cit. *Contra*, invece, A. GUALDANI, *Il tempo nell'autotutela*, in *Federalismi.it*, 12/2017,

espressamente anche nel caso di istanze infondate o inammissibili, sia pure con una decisione “in rito”, pertanto non sarebbe più ammissibile l’inerzia o il silenzio dinanzi a istanze di autotutela, che ormai possono considerarsi solo denunce o segnalazioni<sup>82</sup>; ma soprattutto nella disposizione processuale di cui all’art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a., in forza della quale il giudice amministrativo, nel determinare il risarcimento, valuta tutte le circostanze di fatto e il «comportamento complessivo delle parti» ed «esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti»: nella parola «tutela», lo stesso Consiglio di Stato<sup>83</sup> ha incluso anche gli strumenti extraprocessuali, quali – per esempio – le istanze di autotutela o comunque di riesame del provvedimento, e da questo si deve trarre il necessario corollario per cui, anche laddove il provvedimento sia divenuto inoppugnabile<sup>84</sup>, il privato può formulare istanza di annullamento o revoca all’Amministrazione, che dovrebbe pertanto aprire il relativo procedimento e provvedere – se del caso, anche in senso negativo – poiché questa è circostanza valutabile dal giudice relativamente al «comportamento complessivo delle parti», cioè *sia* del privato danneggiato-creditore, *sia* della p.A. danneggiante-debitrice.

Questa lettura riceverebbe ancora più sostegno ove si esaltassero i profili di amministrazione attiva che – a differenza di quanto accade nell’annullamento d’ufficio – emergono dalla revoca. Mentre qualificare questo potere come di

---

1-15, la quale fa leva sulla giurisprudenza pressoché unanime circa la discrezionalità dell’autotutela, potere non coercibile dal giudice amministrativo tramite ricorso avverso il silenzio.

<sup>82</sup> Per N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione*, in *Giustamm.it*, 12/2016, la giurisprudenza che esclude l’esistenza dell’obbligo di provvedere a fronte di istanze di autotutela si basa su un presupposto non condivisibile, in quanto «l’inoppugnabilità, categoria di dubbia fondatezza teorica, non è d’ostacolo ad una rinnovazione del potere ma, come pure precisa la giurisprudenza, a condizione che siano sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto o di diritto, dovendosi escludere tale circostanza in presenza di domande manifestamente assurde o totalmente infondate, ovvero in presenza di domande illegali, non potendosi dare corso alla tutela di interessi cc.dd. illegittimi (secondo una fortunata espressione di Cannada Bartoli, male interpretata dalle Corti). Il vocabolario della giurisprudenza evoca il linguaggio impiegato dal novellato art. 2: l’istanza di riesame “totalmente” infondata può, con le dovute accortezze, essere accostata a quella “manifestamente” infondata. Ebbene, in tutti questi casi – si pensi all’istanza di condono edilizio dolosamente travisata, respinta e sulla quale si proponga all’amministrazione un’istanza di riesame – sembrerebbe che, dopo la novella del 2012, l’autorità sia obbligata non solo a prendere in esame l’istanza, ma a “provvedere” su di essa, ossia ad esercitare una funzione doverosa».

<sup>83</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.

<sup>84</sup> Sul tema, il classico contributo di P. STELLA RICHTER, *L’inoppugnabilità*, Milano, 1970. M.S. GIANNINI, voce *Acquiescenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 506 ss., spec. p. 508, chiarisce che le due figure producono effetti diversi: prestare acquiescenza a un provvedimento lo rende inoppugnabile, appunto, per l’acquiescente, ma non per gli altri destinatari dello stesso; e se si tratta di provvedimento indivisibile, l’eventuale annullamento ottenuto dagli altri destinatari si estende anche all’acquiescente.

autotutela incontrerebbe il consolidato orientamento per il quale quel potere è incoercibile e dunque il silenzio della p.A. a fronte di istanze a ciò preposte non è impugnabile quale inadempimento *ex* art. 117 c.p.a., viceversa leggerlo sotto il prisma dei poteri primigenii d'intervento e d'amministrazione attiva renderebbe la revoca un atto amministrativo dall'effetto tipizzato, adottabile tanto d'ufficio quanto su istanza di parte.

Vero è che, secondo l'accorta ricostruzione di una dottrina<sup>85</sup>, l'istanza giuridicamente tipizzata e generativa dell'obbligo di provvedere è solo quella che si pone quale *condicio sine qua non* del provvedimento amministrativo: in altre parole, sarebbe qualificabile come silenzio inadempimento solo quello serbato dalla p.A. su istanze senza le quali, comunque, il provvedimento richiesto non potrebbe essere adottato d'ufficio.

È altresì vero, però, che l'istanza di revoca di un provvedimento – pur non rientrando nello schema ora detto – si pone come sollecitazione all'esercizio di una funzione amministrativa, meritando, nella civiltà della conversazione, un riscontro, coperto dal già citato art. 2, l. n. 241/90, che può compendiarsi – semmai – anche in un diniego in forma semplificata. Come tale, impugnabile dinanzi al Giudice amministrativo. Ne deriverebbe una più forte tutela *sia* del privato, *sia* dell'interesse pubblico, nel cui nome il principio di efficacia sorregge proprio il potere di revoca.

#### 7. *Dall'autotutela all'amministrazione attiva: metamorfosi di un potere.*

L'analisi fin qui compiuta conduce a una riflessione conclusiva.

Ogni aspetto della revoca esaminato ha tratti applicativi che, sebbene a volte possano apparire fluidificati nella logica del caso per caso, sono tuttavia sufficientemente definiti.

Ha dei presupposti schematicamente legati alle sopravvenienze che rendano inopportuno – *rectius*, socialmente “inefficace” – il prosieguo degli effetti del provvedimento primigenio, logicamente e normativamente “a efficacia durevole”.

Si è visto che è un potere dotato di effetto tipico, sanzionato anche nella norma che lo disciplina: la revoca interrompe l'efficacia del provvedimento amministrativo sul quale incide.

È un potere discrezionale, che si lega ad accorgimenti procedurali noti: l'avviso di avvio del procedimento, la partecipazione e il contraddittorio, la motivazione argomentata e approfondita del provvedimento conclusivo.

L'art. 21-*quinquies* prevede espressamente che il suo esercizio comporta la

<sup>85</sup> M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento*, cit.

liquidazione di un indennizzo (semmai decurtabile al ricorrere di alcune condizioni, pure quelle normativamente determinate) parametrato al danno emergente eventualmente subito dal destinatario della revoca.

Il profilo della responsabilità della p.A. nell'esercizio del potere di revoca è altresì pacificamente esplorato dalla giurisprudenza: se l'Amministrazione adotta una revoca illegittima, essa potrà essere oggetto d'un giudizio di responsabilità provvedimentoale *ex art. 2043 c.c.*; qualora invece adotti una revoca legittima, tendenzialmente essa andrà esente da responsabilità, salve le ipotesi nelle quali il privato dimostri che quella revoca si è resa necessaria per comportamenti negligenti e scorretti della stessa p.A. (tipicamente nelle procedure a evidenza pubblica), così passibile di responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*

Come espresso in apertura di questo contributo, le ricostruzioni dottrinali che, dapprima sulla scorta del solo dato giurisprudenziale<sup>86</sup>, poi in osservazione anche delle progressive metamorfosi del diritto positivo<sup>87</sup>, hanno delineato la revoca quale potere di amministrazione attiva, ricevono piena conferma.

A ben vedere, infatti, la revoca non pare poggiare affatto sul terreno dell'"auto-tutela". Rispetto all'annullamento d'ufficio, è proprio il profilo della "giustizialità", a essere in ombra, e a lasciare il posto, invece, all'amministrazione attiva: poiché non è in discussione la legittimità del provvedimento revocando. L'Amministrazione revoca un provvedimento, adottandone un altro, perché semplicemente ne ha il potere: e si tratta del potere funzionalizzato alla *administratio* dell'interesse pubblico – originario o sopravvenuto – che necessita di cura costante. Ed è un potere al quale la stessa p.A. non può sottrarsi, laddove quell'interesse sia oggetto di un provvedimento a efficacia durevole, che ne condiziona l'equilibrio con nuovi interessi. Il "monitoraggio" dell'equilibrio nel tempo consente all'Amministrazione, dunque, di revocare il primo atto, ove quell'armonia subisca – a causa di sopravvenienze – un'alterazione. Ciò che hanno fatto prima la giurisprudenza e poi il legislatore è, puramente, dettare le regole d'intervento, assorbendo nella disciplina anche l'affidamento del privato.

Non emergono, dunque, le conflittualità invece presenti nell'applicazione dell'annullamento officioso: il quale, contando tra i propri presupposti d'attivazione – oltre all'interesse pubblico, anche – l'illegittimità del provvedimento primigenio, incontra faticosi tornanti evolutivi che ne stanno spingendo sempre più la natura verso il fronte di potere d'autotutela giustiziale, come tale vicino alla medesima potestà del Giudice amministrativo.

D'altra parte, pur nella consapevolezza che lo stesso annullamento d'ufficio – essendo volto al conseguimento di un interesse pubblico – possa esser qua-

<sup>86</sup> R. ALESSI, *La revoca*, cit.

<sup>87</sup> A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi*, cit.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit.

lificato come potere d'amministrazione attiva<sup>88</sup>, non si può ignorare il suo dato differenziante rispetto alla revoca: la violazione del paradigma normativo di riferimento da parte dell'Amministrazione nel provvedimento primigenio. È questa violazione, nell'ambito del rapporto tra privato e p.A., a consentire l'accesso al Giudice amministrativo traducendosi in un motivo di ricorso per ottenere tutela caducatoria per vizio di legittimità: viceversa, le ragioni di sopravvenienza d'interesse pubblico che si mantengono in un alveo di "valutazione di opportunità" – e non sconfinano dunque nell'illegittimità – del provvedimento di primo grado, di riserva dell'Amministrazione, non determinano alcun diritto al ricorso.

Sicché, è solo nel primo caso, che la p.A. può esercitare – senza mediazione del potere giurisdizionale – un potere caducatorio per ripristinare la legalità violata: sebbene questa finalità d'affermazione del diritto non sia di per sé sufficiente a legittimare l'esercizio di quel potere, essendo necessario che esso sia comunque sorretto da uno specifico interesse pubblico<sup>89</sup>, altrimenti venendo meno la sua natura amministrativa – e non giurisdizionale.

Questo rende l'annullamento d'ufficio invalicabile nell'autotutela: lo conferma altresì l'assenza di una qualunque previsione d'indennizzo per il privato, il quale – semmai avesse goduto d'un qualche beneficio illegittimamente – dovrà, al contrario, ove necessario, attivarsi per ripristinare lo *status quo ante*.

Viceversa, in questo susseguirsi di luci e ombre, il potere di revoca – complice anche una certa "quietudine" del legislatore e della giurisprudenza – presta il proprio volto alle esigenze di pura amministrazione attiva: la chiave di volta sta, come detto sopra, nel principio di efficacia<sup>90</sup>, che legittima l'Amministrazione – se non addirittura la obbliga – a vegliare sulla esecuzione dei provvedimenti durevoli, i quali – ove sopravvenissero nuovi interessi pubblici che richiedono d'esser soddisfatti – potrebbero legittimamente subire una interruzione della loro efficacia in ossequio al buon andamento dell'Amministrazione. L'inquadramento della revoca nel potere di autotutela risuona, insomma, sempre più come un'eco lontana.

---

<sup>88</sup> Per B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., la diversa collocazione di revoca e annullamento d'ufficio tra amministrazione attiva e autotutela ha comunque contorni sfumati e abbastanza indefiniti: «la confusione che la giurisprudenza e – da ultimo – il legislatore [riferendosi all'art. 21-*quinquies*, co. 1-*bis*, n.d.r.] fanno tra annullamento d'ufficio e revoca mostra che l'applicazione troppo rigida di un criterio distintivo rischierebbe di tradire la realtà dell'ordinamento», la quale, invece, è decisamente più fluida.

<sup>89</sup> B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit.: lo conferma, peraltro, la consolidata giurisprudenza sull'annullamento d'ufficio.

<sup>90</sup> Quella «adeguatezza costante» che il provvedimento amministrativo deve tenere rispetto agli interessi pubblici mutevoli: M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, cit.

### Abstract

Il contributo compie una riflessione sulla revoca, analizzandone gli aspetti che ne connotano la qualificazione come potere di amministrazione attiva più che di autotutela.

Dall'esegesi del dato normativo e della giurisprudenza emerge infatti che essa – sia per i presupposti d'adozione del relativo provvedimento, sia per gli effetti da esso promananti – sviluppa caratteri che poco hanno a che vedere con la giustizialità e che, al contrario, l'avvicinano alla pura *administratio*.

Ciò consente di affermare che le sorti di revoca e annullamento d'ufficio – tradizionalmente accomunati nell'alveo dell'autotutela – stanno subendo un'inevitabile divaricazione, traghettando la prima sulla sponda dell'amministrazione attiva.

Revocation:  
profiles of a power of active administration

The paper reflects on revocation, analysing the aspects that characterise its qualification as a power of active administration rather than “withdrawal as self-defence”.

From the exegesis of the normative data and jurisprudence, it emerges that – both for the assumptions of adoption of the relative measure, and for the effects it produces – it develops characteristics that have little to do with justiciability and which, on the contrary, bring it closer to pure *administratio*.

This makes it possible to affirm that the fate of revocation and annulment *ex officio* – traditionally united in the hive of “withdrawal as self-defence” – are undergoing an undeniable divarication, ferrying the former to the shore of active administration.



Il Segretario comunale nel prisma del principio di legalità.  
Brevi note in tema di funzioni e di operatività nel contesto della  
gestione commissariale *ex art.* 141 d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

di Valeria Rita Aversano

SOMMARIO: 1. La conclusione anticipata dei consigli delle amministrazioni locali: fattispecie e conseguenze. – 1.1 Le ipotesi dissolutorie contemplate dall'art. 141 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.). – 1.2 Lo scioglimento conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso (art. 143 T.U.E.L.). – 2. Il ruolo del Segretario comunale nel commissariamento per dimissioni *ultra dimidium* dei consiglieri, anche in rapporto ai poteri del Commissario. – 2.1 Inquadramento generale del ruolo del Segretario comunale nell'ordinamento giuridico. – 2.2 Il Segretario comunale ed il Commissario straordinario nello svolgimento dell'attività ordinaria e strategica della gestione commissariale.

1. *La conclusione anticipata dei consigli delle amministrazioni locali: fattispecie e conseguenze*

1.1. *Le ipotesi dissolutorie contemplate dall'art. 141 T.U.E.L.*

La lettura dell'art. 141 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.), va fatta alla luce dell'obiettivo di politica legislativa sotteso alle riforme degli anni '90, riforme che furono poi compendiate nel testo unico del 2000, e che va individuato nella stabilità amministrativa, vista come "valore" da preservare.

Al fine di conseguire tale risultato si era, infatti, immaginato di introdurre l'istituto della sfiducia costruttiva (di esperienza tedesca) quale strumento per assicurare la continuità delle amministrazioni locali. E, tuttavia, si optò per la tipizzazione delle cause di scioglimento in quanto più assonante con l'esperienza giuridica italiana.

Tale ultimo assunto va riletto attraverso la lente fornita dal Costituente che, dalla lettura degli artt. 5 e 114 della Costituzione, esprime la visione prospettica sintetizzabile nella formula garantistica delle autonomie territoriali: "unità nella differenziazione"<sup>1</sup>. E pur limitato alle ipotesi di stretta necessità, ovvero a quelle nelle quali non è più possibile garantire il regolare svolgimento dell'azione amministrativa a causa di un *vulnus* alla democrazia, l'intervento dissolutorio previsto dall'art. 141, proprio per i profili sopra delineati, non ridimensiona ma attualizza i valori sui quali si fonda tradizionalmente l'esercizio del *munus publicum*, ovvero il principio della sovranità popolare di cui all'art. 1, comma 2, della Costituzione ed il principio di buon andamento di cui all'art. 97; di fatto, muta solo il soggetto

---

<sup>1</sup> E. DE MARCO, voce *Comune*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. IV, Milano, 2000, p. 260 e ss.

attuatore dei principi *de quibus*: è il Commissario straordinario, infatti, ad assicurare il buon andamento dell'amministrazione, secondo i fondamentali principi di cui all'art. 97 della Costituzione, garantendo, al contempo, una particolare declinazione della "volontà popolare" (all'efficacia, all'efficienza ed all'economicità ed alla trasparenza dell'azione amministrativa), volontà momentaneamente congelata fino alla nuova espressione elettorale. Ciò spiega, altresì, il perché il potere del Commissario, seppur illimitato nell'applicazione operativa, non lo è altrettanto nei fini "liberi" che, per loro natura, sono politici.

Visto da una specifica angolatura si potrebbe, quindi, affermare che lo scioglimento del consiglio comunale sia uno strumento di "salvaguardia" dell'ente quale soggetto esponenziale degli interessi generali della comunità territoriale.

E quanto appena detto sembra trovare una conferma particolarmente evidente nelle cc.dd. "dimissioni *ultra dimidium*" (art. 141, comma 1, lett. b, n. 3): la contestuale presentazione delle dimissioni della metà più uno dei consiglieri, derivante da un'anomala coesione tra minoranza e maggioranza al di fuori delle normali dinamiche maggioranza/opposizione, determina la dissoluzione del consiglio, costituendo tale coesione la prova della volontà concordata ed irrevocabile della "speciale" maggioranza indicata dalla legge di provocare lo scioglimento<sup>2</sup>. La contestualità scongiura che lo scioglimento del consiglio sia il frutto di una casuale sommatoria di dimissioni non aventi finalità dissolutorie o addirittura il risultato di manovre surrettizie delle minoranze dirette a determinare il risultato politico attraverso un nuovo ricorso al corpo elettorale e rafforza l'idea dell'intervento eteronomo sugli enti locali quale *extrema ratio* finalizzata a garantire continuità nell'esercizio delle funzioni istituzionali.

1.2. *Lo scioglimento conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso o similare (art. 143 T.U.E.L.)*

Nella prospettiva dell'art. 143 T.U.E.L., lo scioglimento del Consiglio comunale rappresenta uno strumento di tutela anticipata, a carattere preventivo e non sanzionatorio<sup>3</sup> o repressivo, basato sulla logica del diritto di prevenzione<sup>4</sup>.

Fronteggia in modo "straordinario" un'ipotesi particolare di *vulnus* dei valori costituzionali costituita dal *pactum sceleris* tra amministrazione e organizzazione mafiosa sottraendo il potere di governo al titolare dello stesso così come attribui-

<sup>2</sup> Consiglio di Stato, sez. I, 10 ottobre 2002, n. 3049.

<sup>3</sup> Si prescinde da addebiti personali, dalla sussistenza di fatti penalmente rilevanti o da procedimenti penali.

<sup>4</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

itogli per investitura popolare, potere che, di fatto, viene piegato in danno della medesima comunità amministrata<sup>5</sup>.

Alla luce di quanto sopra, appare evidente che lo scioglimento dell'Organo consiliare rappresenta un atto "dirompente" nella dinamica del circuito democratico rappresentativo e ciò giustifica non solo il coinvolgimento dei massimi livelli costituzionali ed amministrativi ma "colora di particolare intensità" l'intervento dissolutorio.

Basterà, al riguardo, evidenziare i seguenti elementi:

"il livello istituzionale degli organi competenti ad adottare il provvedimento di scioglimento: decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Interno, formulata con apposita relazione di cui è parte integrante quella inizialmente elaborata dal Prefetto"<sup>6</sup>;

la necessaria sussistenza di elementi "concreti, univoci e rilevanti"<sup>7</sup> indicativi di un rapporto tra "Stato e contro-stato" e, conseguentemente, della compromissione del normale funzionamento dell'ente e dei servizi ad esso affidati;

una valutazione complessiva e contestualizzata rispetto alla realtà territoriale di riferimento degli elementi soggettivi ed oggettivi idonei a rilevare il condizionamento o il collegamento (contiguità compiacente, contiguità soggiacente) tra organizzazione criminale e sfera pubblica; ciascun elemento, valutato singolarmente, va poi confrontato con gli altri per assumere la caratterizzazione richiesta dalla norma.

In sostanza, e questo pare essere l'elemento più qualificante della complessa fattispecie, si definisce un percorso valutativo fondato sulla ponderazione effettiva degli elementi raccolti che, per giustificare l'adozione di una misura così radicale, devono essere razionalmente (e univocamente) convergenti su parametri che rendono estremamente probabile – secondo criteri di logica sequenzialità – il fatto dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel tessuto amministrativo e nei gangli decisionali dell'ente (i.e. il concetto di probabilità cruciale)<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Libertà, uguaglianza nella partecipazione alla vita civile, imparzialità, buon andamento e regolare svolgimento dell'azione amministrativa.

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 26 giugno 2018, n. 3828.

<sup>7</sup> Gli elementi sintomatici del condizionamento criminale devono caratterizzarsi per concretezza, ed essere assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica; per univocità, intesa quale chiara direzione agli scopi che la misura di rigore è intesa a prevenire; per rilevanza, che si caratterizza per l'idoneità all'effetto di compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'ente. Così, Consiglio di Stato, sez. III, 26 settembre 2019, n. 6435; Consiglio di Stato, sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1165.

<sup>8</sup> *Ex multis*, Cons. St., n. 6435/2019 "[...] E nel caso di specie non si può negare, proprio nel seguire tale percorso di ragionevolezza valutativa e di proporzionalità, il nesso di interdipendenza, secondo la logica della c.d. probabilità cruciale e nell'ottica di una complessiva valutazione, sussista, in quanto i condizionamenti mafiosi sulla vita amministrativa dell'ente, per i collegamenti diretti

2. *Il ruolo del Segretario comunale nel commissariamento per dimissioni ultra dimidium dei consiglieri, anche in rapporto ai poteri del Commissario straordinario*

2.1. *Inquadramento generale del ruolo del Segretario comunale nell'ordinamento giuridico*

La figura del Segretario comunale<sup>9</sup> ha sempre oscillato, nelle prospettazioni della dottrina e nei successivi diversi progetti di riforma, tra due distinti modelli influenzati dalla continua ricerca di un punto di equilibrio tra politica ed amministrazione, tra autonomia dell'ente locale ed unità dell'ordinamento giuridico.

Un primo modello configura il Segretario come “organo burocratico necessario”, funzionario statale con attribuzioni di garanzia e, in qualche misura, di controllo ed indirizzo dello Stato-persona<sup>10</sup>. L'altro modello è quello che rappresenta il Segretario come il “massimo funzionario dell'ente”, legato da un rapporto fiduciario con gli amministratori da cui è nominato per autonoma scelta organizzativa e, se del caso, anche revocato<sup>11</sup>.

I modelli come sopra ricostruiti sembrano trovare una sintesi nella nuova configurazione del Segretario comunale introdotta con la legge 15 maggio 1997, n. 127 (cd. Legge Bassanini) fornendo, però, una visione dell'istituto in parte disorganica, in parte non esaustiva.

L'introduzione del meccanismo di elezione diretta del Sindaco e l'accentuarsi della spinta autonomistica degli enti locali segnano il passaggio del Segretario da organo esterno all'ente, quasi imposto dallo Stato e con poteri prettamente di controllo, ad elemento intrinseco all'ente stesso ed alla sua organizzazione, legato all'amministrazione nell'attuazione dei programmi di gestione e nella realizzazione degli obiettivi politici ed amministrativi.

Sul piano tecnico, il Segretario diviene dipendente di un'agenzia autonoma,

---

o indiretti dei suoi amministratori con la 'ndrangheta, si sono riflessi in un generale disordine amministrativo nella gestione degli appalti pubblici, con affidamenti diretti e proroghe in favore delle medesime imprese, e almeno in un caso – quello della -OMISSIS- – nell'affidamento di una commessa ad una impresa condizionata dalla mafia senza nemmeno attendere che spirasse il termine di cui all'art. 92, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011 per l'acquisizione della documentazione antimafia, all'esito di un iter procedimentale contraddistinto da irregolarità”.

<sup>9</sup> F. STADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, XV ed., Padova, 2019, p. 232 e ss.

<sup>10</sup> Questa ricostruzione è il risultato della c.d. statalizzazione del Segretario comunale che ha ribaltato l'impostazione introdotta con la prima legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865, n. 2248 secondo la quale il Segretario comunale era, in un'ottica municipalista, un impiegato necessario dell'ente locale nominato e revocato dal consiglio, previo conseguimento della idoneità rilasciata dal Prefetto, in un rapporto di lavoro privatistico assimilabile alla locazione d'opera. Successivamente il Segretario è un funzionario dello Stato, assunto a seguito di concorso pubblico, iscritto in un apposito albo, territorialmente articolato.

<sup>11</sup> S. DE GOETZEN, *L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?*, in *Le Regioni*, 2/2019, p. 487 e ss.

dotata di personalità giuridica<sup>12</sup>, nominato e revocato dal Sindaco, dal quale dipende funzionalmente, per gravi violazioni dei doveri d'ufficio, con un mandato pari a quello dell'organo che lo ha nominato (cd. *spoils system*<sup>13</sup>); è chiamato a svolgere, oltre "al nucleo originario e tradizionale"<sup>14</sup>, anche funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa in ordine alla conformità dell'azione amministrativa a leggi, statuto e regolamenti<sup>15</sup>.

Se le novità della riforma finissero qui, sicuramente il "nuovo volto" del Segretario comunale sarebbe più coerente con la realtà nella quale esso è chiamato ad operare.

Tuttavia, l'introduzione della figura del direttore generale ha posto nuovi problemi (anche) di coordinamento. Tale figura, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe rispondere all'esigenza di imprimere una conduzione manageriale degli enti, sulla base del modello di amministrazione "per obiettivi", orientata al risultato ed al perseguimento di livelli ottimali di efficacia ed efficienza. Sennonché la duplicazione, attraverso la scissione Segretario-Direttore, di attribuzioni corrispondenti ad un'unica funzione, non ha dato buona prova di sé non registrandosi, sul piano pratico, risultati apprezzabili.

Efficienza ed efficacia devono essere inscindibilmente uniti ai principi di economicità, imparzialità e trasparenza che, complessivamente, formano il principio di legalità, principio cardine e irrinunciabile dell'azione amministrativa dell'ente<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Il collegamento del Segretario allo Stato si riduce ad una mera collocazione formale del primo nel contesto dell'apparato organizzativo del secondo, attenuata e mediata da una dipendenza organica da un'apposita Agenzia e non più dal Ministero. Dal 2010, per ragioni di contenimento dei costi di funzionamento degli apparati statali, l'Agenzia preposta alla gestione dei Segretari è stata soppressa e ad essa è succeduta a titolo universale il Ministero dell'Interno.

<sup>13</sup> V., per tutti, F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 123 e ss.: "Per spoils system (sistema delle spoglie) si intende il potere di nuovi organi politici di sostituire dirigenti in carica al loro arrivo (anche in numero significativo) con dirigenti da loro nominati".

L'A. rileva che esso presuppone che vi sia una fascia di dirigenza scelta con criteri fiduciari, mentre, "quando le competenze implicano imparzialità, perché sono di amministrazione e gestione, non vi è spazio per alcuna relazione fiduciaria, che è invece legittima quando i compiti affidati sono di supporto (tecnico-politico) all'opera degli organi di governo".

<sup>14</sup> Compiti di controllo di legalità, di certificazione e di verbalizzazione.

<sup>15</sup> "Nell'ambito del rafforzamento dei controlli interni, previsto dal d.l. 174 del 2012 (conv. con mod. dalla l. 213 del 2012) si sono affidate al Segretario nuove competenze e responsabilità nella fase del controllo di regolarità amministrativa e contabile ed in relazione al controllo degli equilibri finanziari. La legge 190 del 2012 ha, ancora, investito il Segretario comunale, di norma, salva diversa e motivata determinazione, del ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione; il d.lgs. 33/2013 prevede che il responsabile anticorruzione normalmente svolga anche l'attività di responsabile per la trasparenza", così F. MIGLIARESE CAPUTI, *Diritto degli enti locali*, Torino, 2016, p. 289 e ss.

<sup>16</sup> Cfr. art. 1, comma 1, legge 7 agosto 1990, n.241, come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

In tale prospettiva, è di tutta evidenza che il fulcro debba essere un soggetto unitario, in grado di coniugare il profilo giuridico-amministrativo con l'operatività gestionale del sistema autonomistico locale.

La palese politicizzazione della dirigenza che emerge dal quadro ora ricostruito realizza una alterazione del principio di separazione tra politica e gestione e potrebbe innescare un cortocircuito degli effetti ipotizzati dalla riforma, ovvero più efficienza, migliore qualità dei servizi, maggiore tutela dei cittadini e, sostanzialmente, incidere sul principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione. D'altra parte, il meccanismo dello *spoils system* rafforza, nell'opinione pubblica, l'idea che la mancata conferma del Segretario sia riconducibile a mere valutazioni personalistiche e, come tali, non obiettive, piuttosto che basata su valutazioni esclusivamente professionali.

Tali osservazioni possono riscontrarsi nella copiosa giurisprudenza costituzionale, amministrativa e lavoristica in materia e, da ultimo, nella sentenza della Corte Costituzionale 8 gennaio 2019, n. 23, dove il meccanismo dello *spoils system* del Segretario come sopra delineato trova la sua definitiva "consacrazione".

Il giudice delle leggi procede, in via preliminare, ad una "minuziosa ricostruzione dell'evoluzione della legislazione in materia di procedimento di nomina, *status* giuridico e durata della carica dei segretari comunali e provinciali dalle prime forme di regolamentazione emanate in seguito all'unificazione amministrativa del Regno d'Italia sino all'attuale conformazione dell'istituto, rilevando un'azione riformatrice spesso incoerente, in quanto ispirata a concezioni diverse della figura di cui in argomento"<sup>17</sup>.

Prosegue fornendo un "efficace affresco della giurisprudenza costituzionale in materia di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali, funzionale ad escludere che il complessivo statuto e le diverse funzioni affidate dalla legge al segretario comunale e provinciale renda l'incarico conferito a quest'ultimo paragonabile a quelli sui quali la Corte ha avuto già occasione di pronunciarsi"<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di "bicefalismo" per i segretari comunali e provinciali?*, in *Consulta online*, 3/2019, disponibile in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), p. 414 e ss.

<sup>18</sup> I meccanismi di spoils system, se riferiti a figure dirigenziali non apicali, per la scelta delle quali l'ordinamento non attribuisce rilievo esclusivo o prevalente al criterio della personale adesione del nominato agli orientamenti politici del nominante – «si pongono in contrasto con l'art. 97 Cost., in quanto pregiudicano la continuità dell'azione amministrativa, introducono in quest'ultima un elemento di parzialità, sottraggono al soggetto dichiarato decaduto dall'incarico le garanzie del giusto procedimento e svincolano la rimozione del dirigente dall'accertamento oggettivo dei risultati conseguiti», così, Corte costituzionale 27 gennaio 2010, n. 34. Sono, pertanto, costituzionalmente illegittime ipotesi di cessazione automatica di incarichi dirigenziali, di livello generale o non generale, per cui non è richiesta una "continuità" di orientamento politico con l'organo di governo, «là dove, al contrario, la Costituzione richiede ai pubblici impiegati, in quanto al servizio esclusivo della Nazione, "il rispetto del dovere di neutralità, che impone al funzionario, a prescindere dalle proprie personali convinzioni, la corretta e leale esecuzione delle direttive che

Conclude per la “salvezza” del meccanismo.

Nella parte motiva, la Corte sostiene che, nonostante il requisito dell’apicalità della carica di Segretario – apprezzabile, peraltro, in considerazione dell’inesistenza di qualsivoglia intermediazione, soggettiva od organica, nella relazione tra il segretario ed il nominante – difetterebbe, invece, la fiduciarità la quale, in ogni caso, non sarebbe declinabile in termini di personale adesione da parte del Segretario agli obiettivi politico-amministrativi del titolare del potere di nomina; la scelta, pur discrezionale, da parte del sindaco/presidente della Provincia è comunque condizionata, sotto il profilo soggettivo, dal dover attingere all’interno dell’albo nazionale gestito dal Ministero dell’Interno e, sotto il profilo metodologico, dalla necessità di effettuare una valutazione, se del caso comparativa, tra coloro i quali manifestano interesse all’incarico.

Conseguentemente, il meccanismo dello *spoils system* di cui all’art. 99 T.U.E.L., costituirebbe «riflesso di un non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell’autonomia degli enti locali, da una parte e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall’altro» e per questa via la previsione di una decadenza automatica alla cessazione del mandato del nominante «non raggiunge la soglia oltre la quale vi sarebbe violazione dell’art. 97 Cost., non traducendosi nell’automatica compromissione né dell’imparzialità dell’azione amministrativa, né della sua continuità».

## 2.2. Il Segretario comunale ed il Commissario straordinario nello svolgimento dell’attività ordinaria e strategica della gestione commissariale

Ricostruita l’essenza delle ipotesi dissolutorie del Consiglio comunale e delineata la figura del Segretario comunale anche alla luce dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale, occorre, a questo punto, analizzare se e come l’organo di vertice dell’apparato burocratico dell’ente locale cambi “pelle” nel passaggio da una gestione politica, sotto la guida di chi – eletto – rappresenta la comunità locale ed è chiamato ad attuare un programma che è stato sottoposto al “vaglio” del corpo elettorale, ad una meramente amministrativa, svolta da chi si trova, di contro, in posizione di terzietà ed è chiamato, nella momentanea vacanza degli organi politici, a “traghetare” l’amministrazione verso una nuova gestione politica.

La riflessione che si propone è incentrata proprio sulla descrizione delle conseguenze che tale cambiamento di paradigma comporta sull’operatività concreta del Segretario comunale che, peraltro, si ritiene assuma un ruolo di protagonista anche per il necessario, rapido processo di adattamento e di nuova prospettiva di coordinamento della struttura burocratica dell’ente connessa alla intervenuta realtà commissariale.

---

provengono dall’organo politico, quale che sia il titolare pro-tempore di quest’ultimo”», così Corte costituzionale 19 luglio 2011, n. 228.

In tale prospettiva, è necessario muovere dal nucleo forse più pregnante e più autentico delle funzioni del Segretario, ovvero dall'attività di collaborazione ed assistenza giuridico-amministrativa (art. 97, comma 2, T.U.E.L.)<sup>19</sup>, nucleo che rappresenta il fattore determinante nel processo di attuazione, da parte degli organi di governo dell'ente, dell'indirizzo politico caratterizzato da un notevole grado di libertà nella definizione degli obiettivi, pur all'interno del quadro tracciato dalla Costituzione e nella determinazione delle linee generali dell'azione amministrativa.

Il tema sostanzialmente insiste su uno dei profili di maggiore complessità degli ultimi decenni, vale a dire il rapporto tra politica, amministrazione e territorio, tema che ovviamente non può essere adeguatamente sviluppato in questa sede ma che ci fornisce lo scenario di fondo per le considerazioni che si proporranno nel prosieguo della trattazione.

Ciò posto, è evidente come la tematica vada affrontata avendo chiare le coordinate costituzionali di riferimento.

Risolta in senso positivo già negli anni '70 del secolo scorso la questione stessa della possibile individuazione di un "indirizzo politico" a livello di comune<sup>20</sup> e richiamato il principio in base al quale gli impiegati sono al servizio della Nazione e ne è garantita la loro piena indipendenza da influenze politiche, l'attenzione, in prima battuta, va rivolta alla ricostruzione del principio di separazione tra politica e amministrazione<sup>21</sup>.

La dottrina ha in più occasioni affrontato la problematicità del rapporto tra politica e amministrazione giungendo a costruire almeno due modelli teorici relazionali differenziati.

Il primo caratterizzato da una scissione netta, sia funzionale che strutturale, tra corpo politico ed amministrativo; il secondo, di sostanziale sovrapposizione, dove l'indirizzo politico è interconnesso con l'amministrazione, stante l'impossi-

<sup>19</sup> Il Segretario non è un gestore: è chiamato, però, a sovrintendere alla gestione ed a coordinare le attività dei dirigenti (attraverso, ovviamente, gli atti di programmazione e gli strumenti di controllo), per assicurare unità di intenti nel perseguimento degli obiettivi politici. Le funzioni "gestionali" del segretario, pur previste dal contratto e dal medesimo art. 97, comma 4, del d. lgs. n. 267/2000 solo di natura eventuale, suppletiva, transeunte e recessiva.

<sup>20</sup> T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 170.

<sup>21</sup> La questione della separazione fra politica e amministrazione è stata oggetto di un intenso dibattito giurisprudenziale a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 53, comma 23, della legge 23 dicembre 2000, n. 388. Ancorché la disposizione vada interpretata con criteri che ne evidenzino la specialità e la sua eccezionalità, la giurisprudenza contabile ed amministrativa non hanno mancato di rilevare come, all'evidenza, la norma reca una battuta d'arresto nel processo di distinzione dei compiti tra gli organi di governo e l'apparato burocratico e di come l'esigenza di contenimento dei bilanci, almeno nei comuni di più modeste dimensioni, possa nuovamente comportare commistioni tra politica e amministrazione il cui superamento ha invece rappresentato un principio cardine delle riforme degli anni 90 (cfr. Corte dei Conti Molise, sez. controllo, deliberazione 1 dicembre 2016, n. 167; Corte dei Conti Lazio, sez. controllo, deliberazione 16 marzo 2018, n. 5).

bilità di relegare l'intera amministrazione alla sola attuazione, priva di discrezionalità, delle scelte fissate in ambito politico<sup>22</sup>.

Nondimeno, come sostenuto in dottrina, la politica non consiste mai solo nella proposizione degli obiettivi ma reca inevitabilmente scelte gestionali, così come l'amministrazione non è mera esecuzione ma gestione con ampi margini di discrezionalità<sup>23</sup>.

La dottrina ha individuato un terzo tipo di relazione tra politica ed amministrazione tratto dal "policentrismo" introdotto nella Costituzione. Si tratta (appunto) della configurazione di "un'amministrazione policentrica", indipendente ma non staccata dal governo, ovvero una nuova figura basata sul principio della distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa con maggiori garanzie di imparzialità (cfr. artt. 95 e 97 Cost.)<sup>24</sup>.

Alla luce di quanto sopra, possiamo quindi proporre l'idea che "l'indirizzo politico comunale", visto nello svolgimento della sua azione di predeterminazione dei fini e di traduzione degli stessi in atti concreti, si modella secondo il dettato costituzionale di un'amministrazione imparziale che è chiamata ad attuare le direttive politiche (per definizione parziali) realizzando un indispensabile raccordo e coordinamento (pur nella necessaria separazione) tra la politica locale e l'amministrazione (cfr. artt. 97 e 98 Cost.)<sup>25</sup>.

Ecco che anche l'organizzazione pubblica territoriale si riconfigura secondo tali parametri: viene ripensata sulla base del principio di separazione tra organi di indirizzo aventi il compito di definire gli obiettivi ed i programmi da attuare e di verificare la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite e dirigenti a cui, invece, è affidata la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Questa connessione si esprime poi concretamente, all'interno dei pubblici uffici, nella commistione tra atti di indirizzo e atti di gestione. In tal senso, A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di "autonomia strumentale" tra politica e amministrazione*, Napoli, 2002.

<sup>23</sup> C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *www.federalismi.it*, 10/2012.

<sup>24</sup> M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, p. 380 e ss., secondo il quale questo modello, per contro, ricalca il modello weberiano «non ignoto alla cultura giuridica». Già dal tenore dell'art. 2 della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 si intuisce che la disciplina delle fonti del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., seguendo l'esempio di altri Stati europei, inizia a percorrere la strada della privatizzazione e della contrattualizzazione.

<sup>25</sup> L'amministrazione è autonoma, ovvero «gestita da impiegati al servizio esclusivo della Nazione». Buon andamento ed imparzialità costituiscono la guida del principio di separazione tra politica ed amministrazione.

<sup>26</sup> M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in

In questo contesto, buon andamento ed imparzialità sono destinati ad operare congiuntamente, rinvenendosi nella dimensione flessibile del rapporto tra politica e gestione un punto di necessaria convergenza.

La separazione delle funzioni risponde alla duplice esigenza di assicurare, da un lato, l'autonomia del dirigente rispetto ai condizionamenti del ceto politico e, quindi, l'imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro lato, la realizzazione del programma politico, ovvero degli obiettivi che l'amministrazione intende attuare<sup>27</sup>.

Politica locale che senz'altro è espressione della sovranità popolare, sovranità attuata attraverso il corpo elettorale al momento delle elezioni e che ha nel Segretario comunale il suo interfaccia organizzativo e funzionale.

Il Segretario, infatti, si pone come garante della legalità e della conformità dell'azione amministrativa alle leggi, agli statuti ed ai regolamenti, con il preciso obbligo giuridico di segnalare<sup>28</sup> le dissonanze (*rectius*, le probabili illegittimità) contenute negli emanandi provvedimenti, anche al fine di impedire atti e comportamenti forieri di danno erariale<sup>29</sup>, pur con le difficoltà insite nella continua ricerca di un equilibrio tra "fiduciarietà" ed autonomia.

Ed è evidente come nella continua ricerca di questa posizione di equilibrio,

---

*Diritti fondamentali*, 1/2018, disponibile in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), p. 9. Si opta per un modello "misto" in ossequio alla volontà di tenere separata l'attività amministrativa dal rapporto di lavoro con i dipendenti. Una tale scelta richiede moduli di natura privata fondati sulla chiarezza e trasparenza dei rapporti e degli obblighi dei singoli, sulla distinzione dei compiti e dei ruoli ma soprattutto sul riconoscimento e sulla valorizzazione delle responsabilità individuali.

<sup>27</sup>Tali esigenze si sono tradotte nella scelta legislativa di distinguere dalla qualifica di dirigente l'incarico, inteso come insieme di compiti che devono essere svolti in funzione di un determinato risultato, e di limitarne l'efficacia entro un arco temporale compreso tra un termine minimo di due anni e un termine massimo di sette anni. La temporaneità del rapporto tra politico e dirigente che scaturisce da questo meccanismo è, invero, funzionale sia ad evitare il rischio di "fidelizzazione" sia a responsabilizzare il ceto politico ad individuare i soggetti professionalmente più idonei alla realizzazione degli obiettivi stabiliti.

<sup>28</sup>È evidente che al Segretario sia richiesto un *facere*, esternato in qualsiasi forma (meglio se per iscritto), non solo a richiesta degli organi dell'ente ma anche di iniziativa, nella fase procedimentale di formazione dell'atto ed in quella decisionale, "finalizzato ad orientare e mantenere l'azione amministrativa dell'ente nell'ambito dei canoni della legalità" (Corte conti, sez. II App., 17 febbraio 2015, n. 65: "in tale prospettiva, ancorché il legislatore abbia eliminato l'obbligatorietà del parere del Segretario generale, l'art.97 del TUEL ha potenziato la posizione di garanzia del Segretario generale concernente la conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti, intestandogli precisi obblighi di protezione (collaborazione e assistenza nei confronti degli organi dell'ente) e di controllo (sovrintendenza e coordinamento nei confronti dei dirigenti ex art. 97 comma 4, TUEL)"; Corte conti, sez. III App., 18 gennaio 2013, n. 40), con la conseguenza che l'eventuale "silenzio", lungi dal valere quale esimente, ne radica maggiormente la relativa responsabilità, stante la posizione di garanzia che l'ordinamento, di fatto, gli riconosce, "nell'interesse del buon andamento e dell'imparzialità" (Corte conti, sez. giur. Lombardia, 8 maggio 2009, n. 324).

<sup>29</sup>Corte conti, sez. giur. Lombardia, 9 luglio 2009, n. 473.

egli “colori di contenuto” – con la sua azione – proprio il principio di separazione tra politica ed amministrazione perché fa da elemento di congiunzione tra le due sfere, concretizzando così un modello di amministrazione realmente conforme ai canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità nelle declinazioni più moderne che i principi di efficienza, economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza, ormai, esprimono in tutti i settori di intervento pubblico.

Detto in altri termini, il Segretario comunale rappresenta, per l'ente locale, colui che, muovendo dalla rigorosa attuazione delle regole poste dalla normativa vigente, “traduce” in atti le scelte politiche fatte, consentendo, poi, a dirigenti e responsabili di settore di attuarle concretamente, in un sistema di programmazione delle attività tendenzialmente “a cascata”.

Con il passaggio ad una gestione commissariale, per effetto dello scioglimento del Consiglio comunale, specie se originata da un'anomala coesione tra minoranza e maggioranza al di fuori delle dinamiche nelle quali essa normalmente dovrebbe concretizzarsi (dimissioni *ultra dimidium*), se, a livello normativo, nulla muta, sia riguardo le regole a presidio dell'azione amministrativa, sia quanto a ruolo e funzioni del Segretario, a livello finalistico, invece, è possibile scorgere sostanziali differenze sia rispetto all'applicazione pratica delle regole *de quibus* sia, soprattutto, rispetto al concreto atteggiarsi del vertice burocratico dell'ente.

Ciò dipende da due distinti profili, che si intersecano inevitabilmente tra loro, fino a permeare, in ogni aspetto, la gestione commissariale di un ente.

Il primo riguarda la circostanza che il Commissario straordinario<sup>30</sup>, attraverso l'esercizio delle funzioni amministrative proprie dell'ente locale garantite dalla Costituzione, è, nella sua azione, scevro da qualsivoglia forma di condizionamento politico e mira alla puntuale applicazione della legge per la protezione degli interessi della comunità che deve governare nella sola ottica di assicurare il buon andamento dell'amministrazione.

Infatti egli, quale diretta promanazione dello Stato, interviene nella gestione di un ente nelle eccezionali ipotesi nelle quali non sia più possibile garantire il regolare svolgimento dell'azione politico – amministrativa a causa di un *vulnus* alla democrazia, incarnando, *ex se*, per certi versi, la stessa legge che è chiamato ad applicare.

Quanto sopra è reso ancora più evidente trattando del secondo profilo che concerne i poteri del Commissario.

Come ampiamente noto, tali poteri si estendono a tutti gli atti di gestione dell'ente, sia ordinaria che straordinaria, senza che la natura provvisoria dell'in-

---

<sup>30</sup> “Quello del Commissario straordinario è un rapporto di servizio con attribuzioni di pubbliche funzioni, espressione di incarico conferito con scelta discrezionale di alta amministrazione, nell'ambito di poteri pubblicistici, ai quali sono correlati interessi legittimi”, così Corte di Cassazione, sez. un. civ., 13 febbraio 1991, n. 1321.

carico rilevi da questo punto di vista<sup>31</sup>, poteri, peraltro, sostitutivi di quelli di tutti gli organi del Comune (Consiglio, Giunta<sup>32</sup> e Sindaco), “in quanto essi devono necessariamente concorrere contestualmente al normale funzionamento dell’ente”<sup>33</sup> e fino alla ricostituzione degli organi elettivi con l’unico sostanziale limite di non avere competenza sulle “scelte politiche dell’ente le quali sono invece pertinenti agli organi ordinari di indirizzo dell’ente locale. In sostanza, il commissario dovrà limitarsi alla gestione amministrativa per il corretto funzionamento della macchina burocratica, (*adottare*) gli atti necessari (*ed orientare l’azione*) verso il ripristino della legittimità dell’azione amministrativa attraverso l’autotutela”<sup>34</sup>.

I profili appena ricostruiti rappresentano due facce della medesima medaglia.

Poiché il Commissario straordinario è organo terzo ed imparziale, al quale la legge attribuisce il compito di assicurare continuità all’ente disciolto, inevitabilmente non può ingerirsi in scelte prettamente politiche che, per definizione, sono proprie invece di chi ha ricevuto “un’investitura popolare”.

In questo modo, per effetto dell’attenuazione del momento politico all’interno della gestione dell’ente e del principio di separazione tra politica e amministrazione, stante la momentanea assenza di organi politici di indirizzo, il Segretario comunale non ha più la necessità di ricercare continuamente un equilibrio tra “fiduciarità” ed autonomia, tra attuazione dell’indirizzo ricevuto e salvaguardia della legalità. Diviene un “coprotagonista” della gestione affiancando la sua azione a quella di un altro organo terzo ed imparziale.

Conseguentemente, l’attività di collaborazione ed assistenza giuridico-amministrativa (art. 97, comma 2, T.U.E.L.), in ragione dell’operatività sincronica del Segretario con colui che assume la funzione della gestione provvisoria dell’ente senza poter ingerirsi in scelte prettamente politiche:

---

<sup>31</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 14 novembre 2019, n. 7831; Consiglio di Stato, sez. IV, 15 ottobre 2019, n. 7009; TAR Lazio, Latina, sez. I, 24 agosto 2018, n. 459; TGRA Trentino Alto-Adige, Bolzano, 10 febbraio 2017, n. 59.

<sup>32</sup> Secondo il parere del Ministero dell’Interno, Dipartimento Affari Interni e Territoriali, del 10 gennaio 2018, al Commissario straordinario, nei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, può legittimamente attribuire a sé, con i poteri della Giunta comunale, la facoltà di gestione di un settore dell’Amministrazione, ai sensi dell’art. 53, comma 23, della legge 23 dicembre 2000, n. 388.

<sup>33</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2005, n. 4062; TAR Lazio, sez. I, 4 dicembre 2004, n. 14848; TAR Basilicata, 9 dicembre 2008, n. 951.

<sup>34</sup> TAR Lazio, Latina, sez. I, 24 agosto 2018, n. 457. Da questo punto di vista, la modifica dell’assetto di gestione del territorio, operata dallo strumento urbanistico generale (P.R.G., P.U.C., P.A.T.), dev’essere espressione della volontà politica di rinnovamento nel territorio, sottratta alla gestione straordinaria dell’Ente pubblico territoriale; lo stesso discorso vale per lo Statuto dell’ente, massima espressione dell’autonomia locale, la cui approvazione deve necessariamente transitare per il più ampio confronto con i cittadini ed una solenne deliberazione, da parte di un Consiglio Comunale democraticamente eletto, con il consenso più ampio possibile.

viene rafforzata sotto il profilo della garanzia della legalità, per effetto dell'applicazione *tout court* della legge, secondo un approccio strategico che, venendo meno l'aspetto politico e la continua "tensione" all'ottenimento del consenso, risulta orientato a migliorare l'efficienza organizzativa dell'ente ed a garantire la continuità dell'azione amministrativa nell'erogazione dei servizi ai cittadini in un'ottica di buon andamento, imparzialità e incremento di efficacia, efficienza ed economicità; risulta indirizzata, sul versante finalistico, al compimento degli atti necessari al funzionamento dell'ente ed a quelli che consentono di colmare eventuali lacune giuridico-amministrative del medesimo, al fine di fornire all'Amministrazione comunale entrante un quadro giuridico organico e sistematico che, fin dall'insediamento, le consenta di definire ed attuare, nel pieno rispetto dei principi costituzionali di legalità e buon andamento dell'azione amministrativa, il proprio indirizzo politico;

perde i connotati di "professionalità contestualizzata", ovvero considerata in base ai risultati conseguiti rispetto alle direttive impartite, per acquisire quelli di "professionalità aperta", marcatamente tecnica e neutrale, da valutare esclusivamente in relazione alla corretta osservanza del canone di legalità.

### Abstract

Il presente lavoro parte dall'idea di indagare se i contenuti della funzione e del ruolo che il segretario comunale assume nella struttura organizzativa dell'ente locale possano mutare o subire variazioni operative per effetto dell'intervenuto commissariamento del comune. Dopo una sintetica illustrazione delle diverse ipotesi normative in base alle quali può procedersi allo scioglimento degli organi, ci si concentra sul Segretario comunale, sulle sue attribuzioni e sul suo contributo alla realizzazione dei fini istituzionali dell'ente. Proprio su questo versante emerge il carattere eclettico della citata figura che, da colui che attua l'indirizzo politico ricevuto, nella salvaguardia della legalità, diviene imparziale "coprotagonista" della gestione commissariale. Da questo punto si possono trarre interessanti indicazioni d'ordine costituzionale a cavallo tra il principio di sovranità popolare e il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa che trovano nel Segretario comunale il costante momento di sintesi e di coordinamento unitario.

The municipal secretary in the prism of the principle of legality. Brief notes on functions and operations in the context of commissioner management ex art. 141 d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267

This work starts from the idea of investigating whether the contents of the function and the role that the municipal secretary assumes in the organizational structure of the local authority may change or undergo operational variations as a result of the commissariat of the municipality. After a brief illustration of the different regulatory assumptions on the basis of which the bodies may be dissolved, we focus on the municipal secretary, his powers and his (decisive) contribution to the realization of the municipality's institutional purposes. Precisely on this front emerges the eclectic character of the aforementioned figure which, from the one who implements the address received in safeguarding legality, becomes an impartial "co-star" of the commissioner management. From this point, interesting constitutional indications can be drawn between the principle of popular sovereignty and the good performance and impartiality of administrative action which find in the municipal secretary the constant moment of synthesis and unitary coordination.

# Stato, emergenza e diritto alla vita

di Felice Blando

In un mondo immaginario, in cui ogni interesse pubblico esistesse solitario, la scelta dell'autorità dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la massimizzazione di quell'interesse. Tale soluzione massimale non si può avverare, o meglio si avvera – ed entro certi limiti – in occasione di eventi straordinari, nei quali tutto va sacrificato ad un solo interesse: quando brucia una casa, è evidente che ogni altro interesse recede di fronte alla necessità di salvare le vite umane, circoscrivere ed estinguere l'incendio.

(M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*. Vol. III,1. *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, pp. 40-41)

SOMMARIO: 1. *La conservatio vitae* e lo Stato moderno. – 2. Il diritto alla vita quale condizione a priori delle libertà costituzionali. Le misure a tutela della economia. – 3. La sfida dello Stato al Coronavirus e «indirizzo politico-costituzionale». – 4. I limiti al diritto alla vita e la necessaria opera di bilanciamento dei diversi valori in gioco. Vita e proprietà: gerarchia o bilanciamento in tempi di pandemia? – 5. La tutela giuridica della vita nell'ordinamento italiano: cenni. Il fattore scientifico-tecnico. – 6. L'emergenza sanitaria e la continuità della validità della Costituzione. I limiti comunque esistenti. – 7. La garanzia della Costituzione è anche il fine dello stato di emergenza. Ideologia e pratica del potere di emergenza. La persistenza dello Stato.

## 1. *La conservatio vitae e lo Stato moderno*

È corrente e diffusa l'affermazione che lo Stato moderno da quando esiste ha ed esercita, come attribuzione fondamentale, la difesa e la sicurezza dei propri appartenenti<sup>1</sup>.

Difatti, già nel linguaggio sociologico o politologico, si afferma che, per esempio, anche mantenendo l'ordine della propria comunità, lo Stato la difende tutelandola contro i fautori di disordini interni o esterni; eguale discorso lo si trova nelle elaborazioni giuridiche, allorché si afferma che lo Stato difende, o tutela, o protegge la propria comunità quando svolge qualsiasi attività di pubblica sicurezza, di tutela del cittadino, di protezione dell'attività economica all'interno e all'estero e così via.

Non vi è, in parole di sintesi, alcuna funzione che lo Stato moderno si attribuisca – indipendentemente dal fatto che essa si svolga entro il territorio statale o al di fuori (all'estero) – che non sia ordinata a questa finalità di difesa della propria comunità<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 43 ss.

<sup>2</sup> Su questa conclusione si veda, da ultimo, M. LUCIANI, *Weber e il costituzionalismo italiano*. *Nuovi*

Su questa che potrebbe dirsi nozione di fondo concordavano tutti coloro che dal secolo XVII ebbero a teorizzare sulla nuova realtà dello Stato che si andava allora costituendo, quella che poi fu chiamata lo Stato moderno, per differenziarla dagli ordinamenti organizzativi generali dei secoli precedenti. Ciò a cui si voleva dare rilievo era che con lo Stato, veniva esaltata questa funzione di difesa dell'appartenente, rispetto alle forme precedenti di ordinamenti giuridici generali.

«Volendo dare una definizione dello Stato», scrive Hobbes nel *De Cive*, «dobbiamo dire che esso è un'unica persona, la cui volontà, in virtù dei patti contratti reciprocamente da molti individui, si deve ritenere la volontà di tutti quegli individui; onde può servirsi delle forze e degli averi dei singoli per la pace e per la comune difesa»<sup>3</sup>.

In Thomas Hobbes, nella interpretazione di Noberto Bobbio<sup>4</sup>, in seguito alla rinuncia al diritto su tutte le cose che ha nello stato di natura, all'individuo entrato a far parte dello Stato, cioè diventato suddito, non rimane altro diritto che il diritto alla vita. Che il diritto alla vita sia inalienabile deriva dalla razionalità del sistema: poiché gli individui istituiscono lo Stato per sfuggire alla minaccia permanente della morte che caratterizza lo stato di natura, ossia per avere salva la vita, non possono non ritenersi sciolti dal vincolo dell'obbedienza qualora per colpa del sovrano la loro vita sia a rischio.

In Hobbes non c'è diritto né libertà al di fuori dello Stato, ma c'è una sola libertà irrinunciabile: «Se il sovrano comanda a un uomo (per quanto

---

*spunti di intersezione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, n. 4, 974; nonché, per sviluppi più ampi del tema, ID., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss. Fra i pochi scritti apprezzabili sul tema, tra i giuristi italiani, si veda lo scritto di G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 303 e ss.

<sup>3</sup> T. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino. De cive*, (1647), trad. it. a cura N. Bobbio, in *Opere politiche*, Torino, 1959, cap. V, 9, 150. Una nozione analoga era stata formulata negli *Elementi di legge naturale e politica* (1640), Firenze, 1972, parte I, cap. XIX, 8, 160: «Questa unione così fatta è ciò che gli uomini chiamano oggi giorno un corpo politico o società civile e i greci chiamano polis vale a dire città; che si può definire una moltitudine di uomini, uniti come una persona da un potere comune, per la loro comune pace, difesa e beneficio».

<sup>4</sup> N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in ID., *Thomas Hobbes*, Torino, 1989, 54 e ss.; N. BOBBIO, Introduzione al *De cive*, *ivi*, 96 e ss.; N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, *ivi*, 117 e ss.; N. BOBBIO, *Hobbes e il giusnaturalismo*, *ivi*, 137 e ss., 153 e ss. Chi dà all'uomo «da sicurezza della vita è il suo signore – scrive con impareggiabile chiarezza Bobbio – Lo stato, e solo lo stato, cioè il potere fondato sopra il consenso di tutti, gli dà questa sicurezza. [...] se la vita diventa il sommo bene, ad essa si possono sacrificare tutti gli altri beni che una antropologia ingenuamente o ipocritamente ottimistica chiama morali, e tra essi la dignità e la libertà: ma che cosa è la dignità per Hobbes se non una conseguenza della eccessiva valutazione di se stessi e quindi della vanità? E che cosa è la libertà se non il pretesto per la sfrenatezza dei propri desideri? E dunque che cosa si sacrifica allo stato se non le proprie miserie, le proprie debolezze, i propri errori, i propri istinti? E se in cambio di questo sacrificio delle nostre qualità negative, si riceverà la certezza di quell'unica cosa che conta, la vita, perché non dovremmo accettare lo stato nonostante l'assolutezza del suo potere e della nostra obbedienza?» (N. BOBBIO, Introduzione al *De cive*, *cit.*, 96-97).

giustamente condannato) di uccidersi, ferirsi o mutilarsi; di non fare resistenza a coloro che lo aggrediscono; o di astenersi dall'uso del cibo, dell'aria, di una medicina, o di qualsiasi altra cosa senza di cui non può vivere, quell'uomo è libero di disobbedire»<sup>5</sup>.

E se la volontà dello Stato, appunto perché sovrana, è *legibus soluta*, essa non può, senza contraddire se stessa, violare la sua ragione di esistere, che è di stabilire e di assicurare la «regolarità» dei rapporti umani<sup>6</sup>: quello che Hobbes, con terminologia tradizionale, chiama la *salus populi* e che costituisce per lui il «valore» fondamentale del consorzio politico, la «pace» e la «conservazione della vita»<sup>7</sup>. Ove manchi tale «capacità di proteggere i sudditi», è segno che è venuta meno la sovranità e che lo Stato si è «dissolto»<sup>8</sup>.

Ha dunque ragione Massimo Luciani quando, in polemica con Carl Schmitt, afferma che in Hobbes «[...] il dovere di protezione posto in capo al sovrano finisce per dover essere ricostruito come parte integrante di un vero e proprio sinallagma contrattuale, che è costitutivo del *pactum*», cosicché il *pactum subiectionis*, generatore di diritti e doveri tra i sudditi e il sovrano, «colloca il diritto al cuore stesso del rapporto politico, quale strumento di legittimazione del potere»<sup>9</sup>.

La fondamentale esigenza dell'uomo di vivere conformemente a una legge razionale che trova fondamento nello Stato, lo strumento per cui mezzo l'individuo viene elevato a dignità umana è, in buona parte, comune a Locke.

Anche Locke parte dallo stato di natura e istituisce l'abituale confronto tra

<sup>5</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, (1651), trad. it. a cura di T. Magri, IV ed., Roma, 2001, cap. XXI, 151. Mi sembra nel giusto M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1651, nota 30, quando osserva che nella dottrina della sottrazione alle obbligazioni assunte con il patto originario è, in Hobbes, incompatibile con la teorizzazione di un diritto di resistenza, essendo invece possibile parlare di uno «scioglimento dell'obbligazione politica» contratta dal suddito. La critica di Luciani è a C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinne und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Köln-Löwenick, 2° ed., 1982, trad. it. di C. Galli, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in C. SCHMITT, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano, 1986. Afferma decisamente che in Hobbes nel caso del rifiuto di obbedire al comando di uccidersi non viene posta in gioco nessuna pretesa «politica», ma solamente «esistenziale» G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, cit., 311-312.

<sup>6</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, cit., cap. XVII, 111-112.

<sup>7</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, cit., cap. XX, 136 e ss., cap. XXI, 155 e ss.

<sup>8</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, cit., cap. XXVI, 195. Per Richard Tuck la teoria Hobbesiana della sovranità dà corpo a quello che egli qualifica «paradosso del primo liberalismo». Il sovrano di Hobbes è così una «figura ambigua», poiché, «possiede grandi poteri, apparentemente illiberali, ma vi sono, nondimeno, alcune cose che non può (o, più propriamente, che non *deve*) fare, che uno stato moderno considererebbe indiscutibilmente legittime [...]». La responsabilità primaria, sia per i cittadini sia per il sovrano, è di assicurare la sopravvivenza fisica di se stessi e dei concittadini. Se non è soddisfatto questo requisito minimo, non si può mettere in atto alcuna politica nei confronti della collettività [...]: R. TUCK, *Hobbes*, 1989, trad. it. a cura di R. Scognamiglio, Bologna, 2001, 83.

<sup>9</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1652. Il punto fondamentale è che per Hobbes: «l'obbedienza è *protectio*, e viceversa» (così G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, cit., 315).

l'uomo in simile condizione e l'uomo vivente entro la società politica. Se la sua concezione della natura umana non è così pessimistica come quella di Hobbes, non porta però, per quanto ci interessa a risultati molto diversi<sup>10</sup>.

Ne *Il secondo trattato sul governo* in cui approfondisce l'indagine sullo stato di natura, Locke conclude che «l'uomo in quanto nasce [...] con titolo alla perfetta libertà e al godimento illimitato di tutti i diritti e privilegi della legge di natura, al pari di qualsiasi altro uomo [...], ha per natura il potere non solo di conservare la sua proprietà – cioè la vita, la libertà e i beni – contro le offese e gli attentati degli altri uomini, ma anche di giudicare e punire le violazioni altrui a quella legge [...]»<sup>11</sup>. Anche in Locke, non meno che in Hobbes, solo nello Stato si ha la sicurezza dell'uomo, perché sebbene nello stato di natura l'uomo «è padrone assoluto della propria persona e dei propri beni», tuttavia, il loro godimento «è molto incerto e continuamente esposto alle violazioni da parte di molti altri [...]». Non è senza ragione che egli cerca e desidera unirsi in società con altri [...], per la reciproca salvaguardia della loro vita, libertà e beni: cose che io denomino con il termine generale di proprietà<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Che la libertà dell'uomo consista nell'adeguarsi a una legge, è un'idea che avrà importanti sviluppi in Rousseau. Anche in Rousseau il «patto sociale ha come fine la conservazione dei contraenti», nononché qui la libertà per l'uomo diviene obbedire ai comandi dello Stato, perché lo Stato, composto dai sudditi medesimi, esprime la loro stessa volontà, ma elevata, resa morale e degna dell'uomo: «la legge non può essere ingiusta, poiché nessuno è ingiusto verso se stesso»; «La volontà generale è sempre retta» (J.J. ROUSSEAU, 1762, *Il contratto sociale*, trad. it. a cura di V. Gerratana, con saggio introduttivo di R. Derathé, Torino, 1966 e 1994, L. II, cap. V, 49-51, cap. VI, 52-55). Dati i caratteri della legge, in Rousseau, il più radicale assolutismo viene consentito e giustificato, la volontaria «alienazione totale di ogni associato con tutti i suoi diritti all'intera comunità», fa sì che: «[...] quando il principe gli dice "Occorre allo Stato che tu muoia", egli deve morire, perché è solo a questa condizione che egli ha vissuto in sicurezza sino allora», giungendo a concepire la vita umana, come «un dono condizionale dello Stato». A differenza di Hobbes e di Locke, è significativo che Rousseau sia l'unico dei grandi pensatori giusnaturalisti che abbia concepito il contratto sociale come alienazione allo Stato di tutti i diritti, compreso il diritto alla vita, che l'uomo ha nello stesso stato di natura (*ibidem*, L. I, cap. VI, 23-28). Il tema della sovranità dello Stato e della negazione del diritto naturale in Rousseau è trattato da V. G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello stato*, II ed., Padova, 1964, 24 e ss., ove il decisivo rilievo per cui seppur sia vero che in Hobbes si giunge all'assolutismo monarchico e in Rousseau all'assolutismo democratico, nondimeno in funzione di «un interesse umano e perché si ritiene che in tal modo meglio si provveda alle esigenze della umanità» (*ibidem*, 30-31). Una altra prova, se ve ne fosse bisogno, della frattura Hobbesiana nella storia del costituzionalismo è evidenziata da R. WOKLER, *Rousseau*, (1995), trad. it. a cura di S. Ferlini, Bologna, 2001, 84, di quanto osserva che proprio il governo monarchico fosse in generale ritenuto superiore da Hobbes, «per l'identità che assicurava tra l'interesse pubblico e quello privato». Né può trascurarsi, tuttavia, che sia Hobbes sia Rousseau non partono da premesse di benevolenza o di socievolezza, bensì da una prospettiva egoistica (sulle conseguenze dei due approcci, R. WOKLER, *Rousseau*, cit., 46 e ss.).

<sup>11</sup> J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, (1690), trad. it. a cura di A. Gialluca, Pref. di A. Panebianco, Milano, 2010, cap. LXXXVII, 74.

<sup>12</sup> J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, cit., cap. CXXIII, 103. Alcune precisazioni a proposito

Ancora una volta, in armonia con la via battuta e segnata da Hobbes, per Locke un uomo «non può sottomettersi al potere arbitrario di un altro; e non avendo nello stato di natura nessun potere arbitrario sulla vita, sulla libertà o sui beni altrui, ma solo quel tanto che la legge di natura gli ha dato in vista della conservazione di sé e del resto del genere umano, questo è tutto quanto egli rimette o può rimettere allo Stato, e per mezzo di questo al potere legislativo, cosicché il legislativo non può possedere un potere maggiore di quello». Il potere dello Stato, in conclusione, «è un potere che non ha altro fine che la conservazione», pertanto, «nessuna umana sanzione può essere buona o valida in contrasto con essa»<sup>13</sup>.

In Hobbes e Locke vi è coincidenza nel ritenere la vita un diritto naturale, ossia un diritto che l'individuo aveva per natura indipendentemente dalla volontà del sovrano. E in questo primato del valore assoluto della vita che è anche *il naturale*, sta una delle caratteristiche e anche dell'attualità del giusnaturalismo del Seicento.

---

di quanto detto nel testo. In primo luogo, nella costruzione di Locke (che si ricordi non era un giurista) il termine «proprietà» ha ora un significato ristretto, in cui designa quel particolare diritto che consiste nel potere sui beni e cose, ora ha anche un significato più ampio, in cui sta a indicare il diritto naturale per antonomasia, che cumula tutti gli altri, come si vede chiaramente nel passo riportato nel testo. Non c'è dubbio che il diritto alla vita è un segmento del più ampio diritto di proprietà. Da questo punto di vista la concezione Lockiana del diritto alla vita quale diritto naturale irrinunciabile converge perfettamente con quella di Hobbes. Tuttavia, il diritto di proprietà in senso stretto, cioè il diritto di godere e disporre liberamente di beni e cose, è elevato da Locke a diritto naturale per eccellenza tanto da riassumere in esso tutti gli altri e da sceglierlo tra tutti quando vuol citarne uno solo. Sotto questo profilo, la teoria lockiana della proprietà muove da un presupposto totalmente diverso da quello prefigurato da Hobbes, che non concepiva un diritto di «proprietà» nello stato di natura e prima del sorgere dello Stato. Una seconda precisazione ha a che vedere con lo statuto semantico della teoria lockiana in tema di proprietà dove, nella ricostruzione di Nberto Bobbio, il fondamento è rinvenuto nella capacità dell'uomo «di trasformare a suo vantaggio il mondo esterno con la propria energia», e cioè nel lavoro (N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, con intr. di G. Pecora, Torino, 2017 (rist. del corso universitario tenuto nell'anno accademico 1963-64), 167 e ss.). Ma vi è un'altra ragione – aggiunge Bobbio – per porre il lavoro a fondamento della proprietà: «È il lavoro che dà valore alla cosa. Qui Locke rivela i suoi antichi interessi di economista e suggerisce il principio del valore-lavoro che dovrà fare molta strada nel pensiero politico ed economico dei secoli successivi» (*ibidem*, 166). Il modello di sviluppo cui allude Bobbio è asseverato, come è ovvio, dal *mainstream* della scuola Ricardiana e di quella Marxista. Infine, è almeno da Locke che la connessione tra proprietà e persona è uno dei luoghi classici della moderna riflessione sulla proprietà. Dal punto di vista giuridico, tende a tradursi nell'equiparazione delle garanzie accordate ai diritti della persona e ai diritti di proprietà. Che ciò sia estraneo al disegno costituzionale è per lo più riconosciuto dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza costituzionale (sul punto v. le attente considerazioni di C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, in *Il codice civile – Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, 9 e ss., e *ivi* ulteriori rinvii; nonché la sintesi di A. BALDASSARE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1989, 25, a cui giudizio parlare della iniziativa economica privata negli stessi termini usati da Locke è piuttosto anacronistico, se non proprio «involontariamente grottesco»).

<sup>13</sup> J. LOCKE, *Il Secondo trattato sul governo*, cit., cap. CXXXV, 111-112.

In definitiva: nella scuola giusnaturalista del secolo XVII, come scolpisce con chiarezza cristallina Giorgio Balladore Pallieri, vi è già «la teorica dello Stato moderno, il quale sta compiendo i primi ma decisi passi verso il ripudio di tutti i legami e di tutte le dipendenze spirituali anteriori e verso la propria completa autonomia», e aggiunge, che in questi scrittori «il punto di partenza è sempre l'uomo; lo Stato è sempre concepito in termini umani»<sup>14</sup>.

La prospettazione teorica dello Stato moderno quale difensore della conservazione della propria comunità, trova ora un'ulteriore conferma.

Viviamo oggi – ne siamo tutti consapevoli – una crisi epocale non meno radicale di quella attraversata dal mondo cinque secoli fa, quando nacque in Europa lo Stato moderno. La potenza distruttiva della pandemia da Covid-19, le aggressioni sempre più tragiche alla vita, l'accrescersi delle disuguaglianze e della povertà, rende sempre più necessari gli interventi dei pubblici poteri, dello Stato però in particolare, volti alla difesa della popolazione.

Il che rende difficile non riflettere sulle più ampie considerazioni di chi, a ragione, costata che dopo «essere stata per mesi sfidata, e a tratti sovrastata, dalla morte, la vita sembra reclamare un principio istituyente in grado di restituirle intensità e vigore»<sup>15</sup>.

Se il nostro sistema istituzionale è fondato «sul bilanciamento fra i “diritti inviolabili dell'uomo” ed “i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” quale determinato dalle opportune e complesse discipline costituzionali e legislative che sono state adottate», ora – nota sinteticamente De Siervo – «è stata legittimata, secondo severi canoni di ragionevolezza, una parziale e temporanea possibilità di sovrapposizioni al nostro sistema di disposizioni diverse, espressive di una visione collettiva in parte certamente differenziata da quella presupposta dal nostro sistema costituzionale, essendo riferita a una

---

<sup>14</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello stato, loc. ult. cit.* Tesi analoga in A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, II ed., Torino, 1967, 153 e ss., ove si evidenzia che Hobbes elenca il bene comune fra i tre requisiti mediante i quali si può giudicare della «bontà» o meno delle leggi (gli altri due sono la «necessità» e la «chiarezza»); e sia pure che Hobbes invoca il «bene del popolo» in vista soprattutto del «bene del sovrano» («il bene del sovrano e quello del popolo non possono esser disgiunti. Debole è il sovrano che ha sudditi deboli; e debole il popolo il cui sovrano esige il potere di governarli arbitrariamente»), elementi che dovrebbero dar da riflettere ai molti che perseverano a vedere il lui null'altro che il campione estremo del potere assoluto (*ibidem*, 315-316). Peraltro l'affermazione che la teorica hobbesiana legittima il potere, ma non lo limita è sempre avvertita. È sintomatico questo giudizio complessivo di Gaetano Azzariti: «È proprio la negazione di ogni limite al potere che impedisce, inoltre, di iscrivere la riflessione hobbesiana tra i precursori del costituzionalismo moderno»; ed ancora: «Ai tempi di Hobbes, invece, ancora per un po', il diritto si poneva al servizio del potere e non viceversa» (G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, cit., 308 e 319).

<sup>15</sup> Cfr. R. ESPOSITO, *Istituzione*, Bologna, 2021, 13-14. In questo filone di pensiero si colloca anche G. LATTANZI, Intervista al *Forum La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2 aprile 2020.

convivenza sociale che rischia seriamente danni gravi ed irreparabili alla vita delle persone e alla salute pubblica, nonché un vasto e diffuso degrado sociale»<sup>16</sup>.

Ai tempi del Coronavirus, la protezione della vita è la prima prestazione richiesta a uno Stato, poiché il fatto che la gente viva o muoia è la prima questione politica. Lo Stato, insomma, ritorna alla sua missione originaria: salvare la vita della popolazione. Un interesse fondamentale di cui deve farsi carico.

Nessuno dei problemi che riguardano il contrasto dell'emergenza sanitaria può essere risolto fuori dall'orizzonte del diritto statale: non solo la salvaguardia dello stato di diritto, ma anche l'uguaglianza, la tutela dei diritti di libertà, la difesa della vita quale patrimonio della nostra tradizione costituzionale.

## 2. *Il diritto alla vita quale condizione a priori delle libertà costituzionali. Le misure a tutela della economia*

L'epidemia da Covid-19 ci pone di fronte a una realtà che, finora, avevamo fatto in modo di non vedere, dato che «fino a ieri nella cultura giuridica dominava l'idea di una necessaria espansione illimitata dei diritti individuali ben espressa da formule come “l'età dei diritti” (N. Bobbio) e “il diritto di avere diritti” (S. Rodotà). Ma quando è minacciata la vita, cioè la premessa di ogni libertà, tutto il bagaglio concettuale elaborato dalla cultura, dalla dottrina e dalla giurisprudenza sembra di un colpo inservibile»<sup>17</sup>.

Nei tempi attuali, nei quali si è manifestata la necessità assoluta di contenere e sconfiggere la pandemia, il concetto di libertà individuale è mutato radicalmente, perché ogni persona è necessariamente inserita in una capillare rete di protezione sanitaria, senza la quale rischierebbe la minaccia della propria incolumità fisica.

In una fase oltremodo delicata di sviluppo delle istituzioni, qual è quello che si attraversa con la pandemia del 2020, sembra indispensabile evitare ogni apporto, che non sia frutto di pensiero consapevole, e le cui conseguenze non siano, per quanto è possibile, la protezione di tutti contro la diffusione del virus. Da qui consegue che il diritto alla vita offre oggi la veste di vero e proprio diritto inviolabile, anzi del più profondo e intangibile diritto dell'uomo, pre-condizione di tutti gli altri<sup>18</sup>.

In molti discorsi e messaggi del Capo dello Stato in questo periodo il tema

---

<sup>16</sup> Così U. DE SIERVO, *Il contenimento di covid-19: interpretazioni e costituzione*, Modena, 2021, 51-52, in un saggio tutto da riflettere e sul quale ritorneremo nel corso di questo lavoro.

<sup>17</sup> Così G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi Riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in [www.giustiziansieme.it](http://www.giustiziansieme.it), 28 marzo 2020.

<sup>18</sup> In questo senso v. A. RUGGERI, *Intervista al Forum Scelte tragiche e Covid-19*, in [www.giustiziansieme.it](http://www.giustiziansieme.it), 24 marzo 2020.

centrale è stato l'appello alla non negoziabilità della vita e alla necessità che lo Stato deve fare di tutto, fino all'ultimo, per proteggere tutti: «talvolta viene evocato il tema della violazione delle regole di cautela sanitaria come espressione di libertà. Non vi sono valori che si collochino al centro della democrazia come la libertà. Naturalmente occorre tener conto anche del dovere di equilibrio con il valore della vita, evitando di confondere la libertà con il diritto far ammalare altri»<sup>19</sup>.

Il discorso si completa tenendo conto che tutte le libertà, che implicano contatti tra le persone, in tempi di pandemia cambiano «integralmente oggetto, diventano “cose” diverse», «diventano libertà di infettare. E contro la libertà di infettare non c'è limite costituzionale che tenga»<sup>20</sup>.

L'idea che le norme di contenimento della pandemia descrivano un regime di misure «...a favore della più democratica delle libertà: libertà dalla malattia e dalla morte»<sup>21</sup> è certo da accogliere e si inserisce in modo molto consapevole entro quel filone di pensiero, oramai significativamente presente nella letteratura scientifica, che guarda con favore all'impianto normativo emerso per affrontare la grave emergenza sanitaria.

Natalino Irti ha colto perfettamente il significato e le ripercussioni della trasformazione intercorsa, avvertendo che «obbedienza è esercizio di libertà (*coactus voluit, sed voluit*), e insieme fondamento di nuova e più alta libertà. Esercizio di libertà, perché avremmo potuto non obbedire, e così soggiacere alle previste sanzioni (sanzione è anche contagio di un morbo); e pure incitamento a una più alta libertà, come, per modo d'esempio, a un'idea di solidale cittadinanza o di universale pietà»<sup>22</sup>. In *Insegna Creonte* Luciano Violante scrive: «Accettiamo queste imposizioni perché sappiamo che hanno fondamento oggettivo e sono temporanee»<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> S. MATTARELLA, *Intervento del Presidente della Repubblica in occasione della cerimonia di consegna del “Ventaglio” da parte dell'associazione Stampa Parlamentare*, Palazzo del Quirinale, 31 luglio 2020, consultabile sul sito istituzionale della Presidenza della Repubblica. Per riflessioni in proposito, v. I.A. NICOTRA, *Pandemia Costituzionale*, Napoli, 2021, 11-12; T.E. FROSINI, *Il lascito della pandemia costituzionale (a proposito di un recente libro)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), *Paper*, 21 aprile 2021, 3.

<sup>20</sup> M. DOGLIANI, *La libertà può essere indecente*, in [www.centroriformastato.it](http://www.centroriformastato.it), 21 maggio 2020.

<sup>21</sup> V. L. MILELLA Intervista a G. ZAGREBELSKY, *Giusti i divieti se tutelano il diritto alla vita. Non vedo prove di dittatura*, in «la Repubblica», del 21 marzo 2020.

<sup>22</sup> N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, 149.

<sup>23</sup> V. L. VIOLANTE, *Insegna Creonte. Tre errori nell'esercizio del potere*, Bologna, 2021, p. 88. Il rispetto da parte della stragrande maggioranza della popolazione delle regole emanate e modificate di continuo è «una prova di senso civico di cui noi stessi – italiani sempre scettici su noi stessi e le nostre qualità – siamo rimasti sorpresi, piacevolmente sorpresi, talvolta persino commossi»: R. BIN, *L'appello all'unità e le risposte sbagliate*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 2 giugno 2020, 1. Non stupisce, comunque, che un insigne studioso (A. BALDASSARE, *Il diritto ai tempi del Covid-19*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 271) riferisca l'ubbidienza alle norme restrittive della libertà da parte della maggioranza dei cittadini alla paura della morte, facendo potente appello alla dottrina di Hobbes.

Naturalmente come è dovere dello Stato proteggere la vita, così è suo dovere tutelare il lavoro, la proprietà e l'iniziativa economica.

Il Governo italiano non è rimasto alla finestra, avendo dato il via innanzitutto a una serie di decreti legge «Cura Italia» (decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), «Liquidità» (decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40) e «Rilancio» (decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77), per reagire e tamponare l'emergenza economica dovuta alle conseguenze del Coronavirus.

Ma la principale e più discussa novità consiste nell'accordo sul *Recovery Fund*, una misura temporanea *una tantum*, di carattere emergenziale, dell'ammontare di 750 miliardi di euro, da erogare, sotto forma di trasferimenti a fondo perduto collegati al budget dell'UE, a favore dei Paesi e dei settori più investiti dalla crisi del Covid. L'Italia potrà avvalersi degli aiuti europei, la cui entità, riguardo alla dimensione del nostro Paese, assomma a una proporzione non indifferente: 209 miliardi di euro, fra 82 di sussidi e 127 di prestiti ai minimi di tassi d'interesse<sup>24</sup>.

Il pacchetto del *Recovery Fund* offre un'opportunità unica per un intervento di ristrutturazione radicale delle tante storture e arretratezze che ingabbiano il nostro Paese<sup>25</sup>.

L'Italia, per potersi avvalere degli aiuti, deve corrispondere in pieno ai requisiti stabilitisi in capo ai negoziati europei. Dovranno essere messe in cantiere tante riforme<sup>26</sup>; ma che lo siano per davvero: dalla *governance* finanziaria al sistema

---

<sup>24</sup> Sulla discutibilità di queste misure – perché «da BCE non Alexander Hamilton» – v. F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021, 133 e ss.; ma v. la diversa lettura offerta da V. CASTRONOVO, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento al 2020*, Nuova ed. rivista e ampliata, Torino, 2021, 555 3 ss., fiducioso che l'Italia può mirare a ricostruire le condizioni per svilupparsi in misura più soddisfacente, e da G. VIESTI, *Centri e periferie. Europa, Italia, Mezzogiorno dal XX al XXI secolo*, Roma-Bari, 2021, 401 e ss. In sede di attuazione del Programma attraverso il Decreto-Legge n. 77, 31 maggio 2021, «Governance del Piano Nazionale di rilancio e resilienza (Pnrr)», le risorse ammonterebbero a 240 miliardi di euro da utilizzare entro i prossimi sei anni (v. S. FABBRINI, *La governance del PNRR e il governo dell'Italia*, in «Il sole 24 ore», del 6 giugno 2021).

<sup>25</sup> Proprio per questo «L'Italia ha un disperato bisogno di riforme per promuovere sviluppo e equità sociale» (così P. IGNAZI, *La Stagione delle riforme*, in «la Repubblica» del 23 luglio 2020).

<sup>26</sup> Per un quadro sintetico di una possibile agenda riformatrice, si cfr. M. CLARICH, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), n. 14/2020, spec. § 5; ID., *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1/2020, 159 e ss.; S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, *ivi*, 141 e ss. Per entrambi, la sfida del nostro Paese sul versante delle riforme istituzionali e amministrative non è impossibile, ma richiede una presa di coscienza politica, sociale e culturale: «Richiede di recarsi negli Iperborei, dove robotica ed etica, medicina e fisica, diritto e statistica, storia e sociologia, si incontrano dando luogo a nuove aree, come le scienze della vita, in cui confluiscono conoscenze diverse, la biologia molecolare, le biotecnologie, il digitale» (S. CASSESE, *op. cit.*, 158). Per l'impatto della pandemia sul mondo della Pubblica amministrazione e della burocrazia, v., tra i tanti, L. TORCHIA, *Dall'amministrazione dell'emer-*

fiscale, dalla pubblica amministrazione alla giustizia, dalle infrastrutture al lavoro, dall'ambiente alla scuola, dalla sanità alla previdenza sociale. Ma è dubbio che ciò possa avvenire. Gli squilibri sociali, che è inevitabile che si accompagnino ad una così drammatica crisi economica con milioni di posti di lavoro a tempo indeterminato già persi e un tasso di disoccupazione giovanile superiore in tante zone al cinquanta per cento, non agevoleranno la coesione sociale<sup>27</sup>.

È prevedibile che il corso di queste riforme, sempre che non si arresti, diventi tumultuoso. Vi sono state sin qui trasformazioni significative sul piano politico con la formazione di un governo sostenuto da un arco assai vasto di forze politiche presenti in Parlamento<sup>28</sup>, ma le trasformazioni, quanto all'assetto dell'economia, sono appena all'inizio. La probabilità che gli avvenimenti sfuggano alla pianificazione e al controllo sono elevate. È difficile formulare

---

*genza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività, Astrid-online.it, Rassegna, n. 5/2020, 1 e ss.; A. CELOTTO, Emergenza e pubblica amministrazione, in www.rivistaaic.it, n. 1/2021, 422 e ss.*

<sup>27</sup> Soprattutto S. STAIANO, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza guardato dal Sud*, in *Federalismi.it, Editoriale*, 2 giugno 2021, insiste fortemente sulla giustapposizione-conciliazione di Nord/Sud e come la mancata saldatura della frattura nazionale si scontra con le esigenze di funzionamento e di mediazione dinamica della conflittualità sociale che il modello democratico e repubblicano impone. Sul punto cfr. anche M. CAMMELLI, *Centro e periferie: l'emergenza fa cadere il velo*, in *Il Mulino*, Fasc. 3/2020, 396 e ss. Ampi ragguagli e utili notazioni critiche di storia economica in G. VIESTI, *Centri e periferie. Europa, Italia, Mezzogiorno dal XX al XXI secolo*, cit., XI e ss., ove è netta la conclusione: «il triste primo ventennio del XXI secolo del Mezzogiorno è lo specchio del triste ventennio dell'Italia: un paese incapace di disegnare strategie per rilanciare la sua economia nel nuovo quadro internazionale dopo i successi per molti versi straordinari del XX secolo. Incapace di uscire da un estenuante conflitto sulla manutenzione dell'esistente e di costruire, anche attraverso un conflitto politico e sociale aperto, un futuro diverso. Attraversato, anche per questo, da rabbie e rancori, da contrapposizioni anche a base territoriale. Nel quale chi più ha cerca di trarre vantaggio dalla propria posizione e disegna per proprio conto il futuro della propria famiglia, della propria impresa, del proprio territorio». V., anche, riconsiderata la questione da AA.VV., *Sud*, a cura di R. SCORZA, E. CUCCODORO, A. CANNAVALE, Napoli, 2021, e, *ivi*, spec. E. CUCCODORO, *Il valore nazionale della "Questione meridionale": Sud, Mezzogiorno*, 9 e ss.; A. LUCARELLI, *Conclusioni*, 185 e ss. Con specifico riguardo alla emersione di soggetti «tecnologicamente sprovveduti o disarmati» rispetto alle risorse apprestate dalla tecnologia v. A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e stato di diritto: un ossimoro costituzionale?* in *www.giurcost.org*, fasc. II/2020, 287-288; P. CIARLO, *La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)*, in *www.forumcostituzionale.it*, n. 2/2020, 230 e ss.

<sup>28</sup> Sui profili costituzionali della crisi del Governo Conte II e la formazione del Governo Draghi v. almeno M. DOGLIANI, *Se il pan-politicismo sostituisce la Costituzione*, in *www.centroriformastato.it*, 1 marzo 2021, e A. RUGGERI, *La nascita del Governo Draghi, la resa senza condizioni della politica dei partiti alla politica del Presidente del Consiglio e i nuovi scenari che si prefigurano per i rapporti tra quest'ultimo e i Ministri*, in *www.giurcost.org, Editoriale*, 15 febbraio 2021. Cfr. anche T.E. FROSINI, *Recensione a Paolo Amaroli, Effetto Draghi. La metamorfosi di una Repubblica*, Lucca, 2021, in *www.forumcostituzionale.it*, n. 2/2021, 83 e ss., che vede riflettersi nella formazione del Governo Draghi sia l'abbandono della formula maggioritaria con il Premier designato dagli elettori sia, soprattutto, lo svuotamento di qualsiasi processo di responsabilizzazione dell'esecutivo e del diritto al voto del cittadino.

previsioni sull'assetto che assumerà la costituzione materiale<sup>29</sup> e manca la certezza che il virus sia sconfitto definitivamente in breve tempo. Il motivo più forte di speranza rimane lo sviluppo di una via d'uscita farmaceutica dall'attacco del Coronavirus.

### 3. *La sfida dello Stato al Coronavirus e «indirizzò politico-costituzionale»*

Da quando il Governo italiano ha dichiarato a fine gennaio del 2020, lo stato di emergenza la pandemia ha causato nel nostro Paese più di centoventimila morti (ufficiali); un numero superiore a quello dei paesi europei comparabili al nostro<sup>30</sup>.

Più la pandemia ha progredito, con l'aumento del numero dei morti, meno le politiche statali hanno potuto optare per il negazionismo o per azioni di darwinismo sociale.

Al manifestarsi del Covid-19 molti governi sono caduti in una irresponsabile sottovalutazione. Negli Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Spagna e alcuni paesi dell'Europa del nord, i capi dei governi all'inizio della pandemia hanno minimizzato, a volte hanno disapprovato i governi che agivano. Poi hanno dovuto precipitosamente ricorrere alle stesse misure adottate nei paesi che avevano criticato.

Le misure immunitarie che sono state prese, alla fine in tutto il mondo, sul piano medico e sociale, hanno evidenziato che la pandemia non è solo un fatto esterno della natura ma è un evento endogeno all'azione politica in quanto i danni che provocano sulla salute possono e devono essere attribuiti agli organi statali e alle loro risposte tardive o comunque inadeguate. Nel caso in questione è difficile negare il grado di oggettività di una vicenda che, nei suoi effetti, ha assai poco in comune con le catastrofi naturali sin adesso conosciute (terremoti, alluvioni e così via).

Così la protezione della vita è la prima prestazione richiesta ai governi.

Un compito sempre più pressante che fa emergere la missione originaria dello Stato moderno: la difesa della vita dei cittadini. Un compito che in questo momento storico dovrebbe essere prevalente su quello di garantire la ripresa economica e di favorire il ritorno alla normalità<sup>31</sup>.

Molto più esplicita e anche più impegnativa sotto il profilo teorico è la

---

<sup>29</sup> Sia consentito rinviare al nostro *La Costituzione materiale e i compiti del giurpubblicista oggi. Giuseppe Guarino e il "nuovo" diritto pubblico italiano*, in *www.rivistaaic*, n. 1/2021, 514 e ss.

<sup>30</sup> I dati sono consultabili sul sito ufficiale del Governo della Repubblica italiana.

<sup>31</sup> Non è però del tutto peregrino il dubbio che insinua L. VENTURA, *Diritto e fatti*, in *www.giurcost.org*, fasc. II/2020, 382, a proposito del ritorno alla normalità una volta passata la pandemia: «[...] ma quale normalità, mi chiedo?».

direttiva di sociopolitica tracciata da Claus Offe: «Data la attenzione comparativa dei mass media sulla natura globale della pandemia, ogni governo nazionale è costantemente sotto controllo per quanto riguarda i risultati [...]. I governi hanno ottime ragioni per temere la perdita di legittimità, di sostegno, e anche reputazione internazionale, qualora venissero indicati come incapaci di far fronte alla funzione più elementare che ogni governo è tenuto a svolgere: quello di fornire protezione al proprio popolo. Se, rispetto ad altri governi «paragonabili» un governo non riesce a svolgere questa funzione in modo evidente e palese, deve affrontare perdita di credibilità e di potere politico». Ne discende, in modo finalmente immune da contraddizioni e ambiguità, che «una volta riconosciuta la necessità di agire e adottate le immediate strategie di intervento, che altro potrebbe fare un governo, data l'improvvisa insorgenza, la gravità e il carattere innovativo della pandemia del Coronavirus che non consente la «benigna negligenza» praticata dalle normali pandemie influenzali?»<sup>32</sup>.

Ora, a me pare che questo modo di affrontare e risolvere il problema sia non solo largamente condivisibile dal punto di vista politico ma che esso contenga, *in nuce*, un'intuizione molto profonda e, cioè, che nella materia in esame, il diritto alla vita rappresenti il parametro fondamentale, se non esclusivo, alla stregua del quale giudicare l'operato dello Stato<sup>33</sup>.

Il discorso meriterebbe ben altri approfondimenti; ma la mia impressione è che il rango primario dell'interesse destinato ad essere soddisfatto dall'azione dello Stato, determini una inevitabile ipertrofia di quest'ultima, con conseguente speculare perdita di peso delle altre esigenze o finalità.

In altre parole, l'ipertrofia dell'azione politica statale è il riflesso dell'interesse fondamentale della collettività che qui si identifica, a mio avviso senza residui, con il diritto alla vita che, nel sistema costituzionale italiano vigente, è parte integrante del sistema dei diritti inviolabili dell'uomo: sicché, per volere riprendere un concetto già chiarito da Paolo Barile, l'«indirizzo politico-costituzionale»<sup>34</sup> dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la massimizzazione della necessità di salvare le vite umane, di circoscrivere ed estinguere la pandemia.

<sup>32</sup> C. OFFE, *La politica di fronte alla pandemia: opzioni e conflitti*, in *Il Mulino*, n. 3/2020, 513.

<sup>33</sup> Sulla *supremitas* della vita e della salute, che ne determina il ruolo di criterio per l'azione dei governi nella lotta alla pandemia posponendo altri beni pure di rilievo costituzionale, V. A. RUGGERI, *L'emergenza sanitaria, la solidarietà dimezzata e... l'uovo di Colombo*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), *Editoriale*, 26 febbraio 2021, I-II; L. VENTURA, A. MORELLI, *Il paradossale percorso dei diritti sociali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), n. 2/2021, 1 ss.

<sup>34</sup> È la nota formula adoperata da Barile (per una sintesi v. P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, II ed., Padova, 1964, 157 e ss.). Per semplificare al massimo il discorso si può dire che la nozione di «indirizzo politico costituzionale» è collegata al «governo» inteso come un sistema comprensivo di tutti gli organi costituzionali: in questo caso, si parla dell'indirizzo politico come di una funzione direttamente attuativa del dettato costituzionale, destinata cioè a svolgere e specificare i valori e principi fissati in Costituzione.

Abbiamo già detto che il Presidente della Repubblica attraverso i suoi discorsi e messaggi abbia specificato i principi da seguire e posto il primato della tutela della vita come diritto individuale e supremo.

La Corte costituzionale ha sottolineato come nell'odierna situazione deve prevalere un'esigenza di disciplina unitaria, di matrice statale, che sia valida a preservare «l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività»<sup>35</sup>.

Il Parlamento e il Governo (dal governo nazionale ai governi regionali e locali) si sono impegnati nella difficile tutela della salute pubblica, innanzitutto al fine di assicurare la pacifica convivenza della libertà di ciascuno con la libertà di tutti<sup>36</sup>.

L'organo costituzionale coinvolto per primo è stato comunque il Governo italiano, che è stato chiamato ad adeguare il sistema attuale alle inaspettate esigenze della storia. Soprattutto quando è stato superato un certo meridiano della storia e le pressioni degli eventi sono diventate sopraffacenti.

#### 4. *I limiti al diritto alla vita e la necessaria opera di bilanciamento dei diversi valori in gioco. Vita e proprietà: gerarchia o bilanciamento in tempi di pandemia?*

Dunque, all'aggravarsi della situazione emergenziale, l'indirizzo politico costituzionale si è incanalato lungo un paradigma interpretativo e applicativo più sensibile alle istanze volte ad allargare i confini del diritto alla vita<sup>37</sup>. Da questo

<sup>35</sup> Corte cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, punto n. 7.1 del *Cons. in dir.* La sentenza è stata accolta dalla dottrina con scetticismo, v. ad es. B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Paper, 21 aprile 2021; 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](http://www.forumcostituzionale.it), n. 2/2021, 10 e ss. Una diversa lettura (favorevole) in E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 2/2021, 64 e ss.

<sup>36</sup> Si pone il problema, e lo risolve in un senso vicino a quello del testo, U. DE SIERVO, *Il contenimento di covid-19: interpretazioni e costituzione*, cit., 52, che segnala come la situazione di assoluto pericolo collettivo ingenerata dalla pandemia sia stata «condivisa dai massimi organi rappresentativi della nostra democrazia». Medesima prospettiva in M. BELLETTI, *La riforma del Titolo V «sotto attacco». Dall'entusiasmo regionalista alle torsioni centralistiche*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2021, 19 e ss., spec. 28-29, ove si pone in luce come l'emergenza sanitaria ha fatto «emergere» quel ruolo di «contropotere» delle Regioni nei confronti del governo centrale», contribuendo in tal modo a «garantire maggiore partecipazione, ragionevolezza e proporzionalità» alle misure di contenimento predisposte dall'esecutivo.

<sup>37</sup> La vita è un bene giuridico difficile da descrivere e ancora più difficile da costruire: interessi diversi, e anche prospettive diverse, che possono configgere e, di fatto, confliggono, rendono non facile fissare i suoi confini (per una prima informazione sull'attuale dibattito del diritto alla vita, cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, III ed., Bologna, 2016, 185 e ss.). È innegabile che i giuristi si siano molto impegnati nel tentativo di pervenire a soluzioni ragionevoli in una

punto di vista, la riscoperta (o riabilitazione) del diritto alla vita come presupposto indiscutibile su cui si basano tutti gli altri, si ispira anzitutto all'idea della centralità e del primato della persona umana espressa dalla Costituzione<sup>38</sup>.

La vita quale bene in sé della persona umana, considerata nella sua unica individualità è dunque meritevole di essere tutelata a prescindere da ogni suo possibile seguito utilitaristico a vantaggio della società e dello Stato.

Una volta che si incomincia a ragionare in questa prospettiva, non rimangono molti argomenti convincenti a coloro che sostengono che salvare vite umane a scapito di tutte le altre conseguenze non debba essere una priorità assoluta<sup>39</sup>.

Ora, a fronte di tutto questo, sorge spontaneo puntualizzare che dal punto di vista giuridico non è semplice sostenere che il diritto alla vita debba, per tutti e in ogni circostanza, avere la precedenza sugli altri diritti fondamentali (specie dei conflitti intersoggettivi nel godimento di quel diritto, come ad esempio, nel caso della fecondazione medicalmente assistita).

L'argomento che il diritto alla vita sta sopra ogni altro valore e, quindi, legittima ogni restrizione o sospensione delle altre libertà, è attenuato dal principio di proporzionalità e da quello della adeguatezza del fine; ciò vuol dire che fra gli interventi normativi ritenuti idonei a salvare vite degli individui quello conforme alla Costituzione va individuato fra quelli che, a parità di idoneità, appaiono meno limitativi degli opposti diritti fondamentali eventualmente coinvolti dalle disposizioni legislative che apprestano i mezzi per tutelare la vita degli individui.

Per dirla con la Corte costituzionale italiana, sent. n. 85 del 2013, è ragionevole che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rap-

---

materia delicata, sia dal punto di vista tecnico-giuridico sia, come ovvio, dal punto di vista etico, ma con soluzioni molto controverse. Sotto questo profilo ha perfettamente ragione chi osserva che la «indicazione dei differenti valori, tutti rigorosamente rinvenuti nel testo costituzionale, o comunque ritenuti sicuramente tutelati dalla Costituzione, dà l'impressione che l'interprete, prima scelga la soluzione cui vuol giungere in ordine ad uno specifico problema, e solo successivamente vada a cercare il principio costituzionale meglio confacente a quanto intende sostenere»: R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 579.

<sup>38</sup> Ciò perché «il bene fondamentale della vita [...] è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost.» (Corte cost., sent. 27 giugno 1996, n. 223, punto n. 4 del *Cons. in dir.*); e pertanto «il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata» deve «isciversi tra i diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost (Corte cost., sent. 10 febbraio 1997, n. 35, punto n. 4 del *Cons. in dir.*). La prospettiva giuridica sul diritto alla vita coniugata con quella eticopolitica trova notevole impulso nelle due opere di inizio millennio di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 9 ss.; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, di cui si veda in particolare la Parte seconda dedicata proprio alla «Persona», 140-310, nella quale tale diritto è messo al servizio di un consapevole progetto di rilettura di taluni fondamentali istituti del diritto privato e del diritto costituzionale. Sulla rivoluzione giuridica che ha segnato il passaggio dal «soggetto» alla «persona», si veda, da ultimo, le ricche indicazioni di G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021, 157 e ss.

<sup>39</sup> Questi elementi di critica si traggono dal bel saggio di A. BALDASSARE, *Il diritto ai tempi del Covid-19*, cit., 271 e ss.

porto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri [...] se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette [...]»<sup>40</sup>.

Come non cogliere il sinistro echeggiare di una sorta di logica proprietaria nelle posizioni di chi vede la pandemia del Coronavirus come una questione essenzialmente geriatrica<sup>41</sup>, dove le misure di contenimento servirebbero soprattutto alla sopravvivenza di qualche anno di vita di particolari categorie di persone anziane ad alto rischio, mentre le stesse misure, applicate in modo uniforme su tutta la popolazione, genererebbero una situazione di disagio sociale e di disastrose conseguenze economiche.

Non c'è bisogno di rilevare che siamo di fronte a una situazione dove non è possibile un soddisfacente bilanciamento. E quando non ci sono bilanciamenti soddisfacenti, bisogna avere le idee chiare su qual è il livello conformemente ai cui valori si deve decidere.

L'idoneità giuridica delle misure prescelte per prevenire il contagio da Covid-19 dovrebbe essere valutata facendo principalmente leva sul diritto fondamentale della vita come valore in sé, principio che si scontra con i tentativi di considerare i valori e gli attributi della persona come possibili oggetti di scambio; tentativi spesso volti a considerare l'uomo nella dimensione patrimoniale.

In questa contraddizione si colloca ad esempio la vicenda del danno biologico, che in pari tempo esalta la salute quale dimensione essenziale della persona e nel farlo non sfugge, attraverso il risarcimento, alla patrimonializzazione, pur mediata, della stessa. L'estensione della misura risarcitoria alla lesione di situazioni soggettive non patrimoniali, se da un lato segna la conquistata rilevanza di queste ultime, mette a nudo in pari tempo l'estrema inadeguatezza del rimedio giuridico: il risarcimento del danno non tutela i diritti della persona<sup>42</sup> e si traduce in una mercificazione dei valori umani e costituzionali<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85, punto n. 9 del *Cons. in dir.* La *regula iuris* quivi enunciata ricapitola sinteticamente una influente giurisprudenza che risponde ad una istanza di genuino pluralismo, che non esclude, ed anzi incorpora la possibilità del conflitto: un conflitto reale, e non soltanto ideale, tanto più aspro e difficile da mediare in società insofferenti a qualsiasi forma di contenimento autoritativo. Del resto il giudice estensore della menzionata sentenza è Gaetano Silvestri che è uno dei giuristi italiani che ha posto al centro delle sue riflessioni il tema dei valori costituzionali, anche qui andando oltre il piano della mera suggestione per affrontarlo, viceversa, in tutta la sua complessità: v., ad es., G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, 72 e ss.

<sup>41</sup> Questa posizione si ritrova in molti interventi di Cacciari, v. ad es., G. PULETTI intervista a M. CACCIARI, *Caro Cassese, ti sbagli: la politica è moribonda e non la salverà Draghi*, in «Il Dubbio», del 10 febbraio 2021. Il conflitto tra proprietà e vita è visto da N. LUPO, *L'attività parlamentare ai tempi di coronavirus*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), n. 2/2020, 141, come l'alternativa «del diavolo».

<sup>42</sup> G. SILVESTRI, *La tutela dei diritti fondamentali nel processo civile*, in *Pol. dir.*, 1993, 479 e ss.

<sup>43</sup> «È poi da ridimensionare l'assunto secondo cui la storia delle tecniche di tutela si fa storia

Proprio a proposito della estensione irrefrenabile dei risarcimenti, da più parti si parla da tempo di «tirannia di un solo valore, il valore dell'economia» e di una mercificazione integrale dei «valori» giuridici<sup>44</sup>.

Non abbiamo timore a dire che il diritto di proprietà è, in molti casi, l'avversario più forte e subdolo di altri diritti fondamentali<sup>45</sup>. Che cosa ostacola l'adozione di misure – quali la sospensione dei brevetti o la imposizione di licenze di produzione – dirette a consentire l'accesso ai vaccini anche nei Paesi più poveri se non il dominio del settore privato nella ricerca medica<sup>46</sup>?

Anche sotto questi, più rilevanti, aspetti dei problemi posti dall'emergenza sanitaria i nostri interpreti si sono mostrati sensibili alle esigenze dei tempi presenti: essi non hanno mancato di rilevare come «valga di più la protezione della vita e ovviamente quella della salute più di qualsiasi altra libertà e di qualsiasi altro diritto anche “costoso”». Essi precisano che «agli studenti di diritto costituzionale si può dire, come si è detto, che vale più una vita di qualsiasi esigenza di natura economica.», e che, «tutti i diritti della prima generazione e, forse soprattutto, quelli sociali sono indubbiamente serventi il diritto alla vita»<sup>47</sup>.

---

della liberazione del cittadino col trascorrere dai mezzi di coazione ai procedimenti di esecuzione forzata», qui si dice, infatti, «cosa del tutto ovvia con riguardo alla violenza sulla persona ma si dimentica che l'esperazione “libertaria” del primato di tecniche risarcitorie o di tipo proprietario, invalsa ad es. nell'esperienza italiana, ha in sé un tratto non meno illiberale giacché ignora il diverso bisogno di protezione reclamato da situazioni soggettive a carattere non patrimoniale che appartengono pure al movimento emancipatorio della moderna civiltà»: S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, II ed., Torino, 1998, 354.

<sup>44</sup> Una critica contro tendenze di questo genere in G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, nuova edizione, Torino, 1992, 172. «Le società che volessero preservare il loro carattere pluralistico dovrebbero affermare “valori che non hanno prezzo”, tra i quali l'equilibrio si debba raggiungere attraverso la ponderazione con altri valori del medesimo genere, con l'esclusione del medium omologante e snaturante del denaro» (*ibidem*, 173). Nello stesso ordine di idee si muove C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, 67 e ss., 151 e ss.

<sup>45</sup> La scelta della nuova formula del *Big Pharma* ha forza simbolica, pone in evidenza lo strapotere delle società farmaceutiche nel mondo di oggi. Per comprendere le dimensioni di questo potere v. J. LAW, *Big Pharma. Come l'industria farmaceutica controlla la nostra salute*, trad. it di S. Suigo, Torino, 2006. Sulla necessità di una «sfera pubblica globale sorretta da un costituzionalismo di portata universale», anche al fine contrastare le disuguaglianze inoculate dalla pandemia, insiste molto L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, 277 e ss., 405 e ss. In proposito, per alcuni profili problematici che un costituzionalismo universale dischiude, v. G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1 e ss., che si preoccupa di fare notare che c'è un ruolo che lo Stato, e solo lo Stato, può oggi assolvere nella arena globale, poiché «è l'unico canale attraverso il quale, laddove le democrazie statali funzionino, gli interessi deboli possono avere una rappresentanza al tavolo globale».

<sup>46</sup> Per una diversa posizione cfr. S. PASSIGLI, *Brevetti, rischioso intervenire considerandoli «beni comuni»*, in «Corriere della sera», del 6 maggio 2021.

<sup>47</sup> L. VENTURA, A. MORELLI, *Il paradossale percorso dei diritti sociali*, cit., 8.

### 5. *La tutela giuridica della vita nell'ordinamento italiano: cenni. Il fattore scientifico-tecnico*

Nei paragrafi che precedono si è tentato di mostrare che la vita è il presupposto di ogni diritto – della personalità, sociale, politico –, e che la sua difesa è compito essenziale dello Stato.

Nel nostro ordinamento il diritto alla vita trova protezione avanzata negli artt. 575 e 589 del codice penale<sup>48</sup>. La tutela della vita non è attuata solo imponendo ai consociati l'obbligo di non attentare alla vita o all'integrità fisica altrui, ma anche imponendo il dovere del soccorso ai sensi dell'art. 593 del codice penale, e imponendo il dovere di soccorso in mare ai sensi degli artt. 1113 e 1158 del codice della navigazione.

In questo senso è pienamente giustificata, dal punto di vista scientifico, la sua centralità – pur realizzata in forme storicamente diverse e in modo non sempre compiuto – nel diritto penale rispetto al diritto pubblico. Lungo questa traiettoria, si può tranquillamente affermare che nella moderna letteratura italiana i due volumi di *Parte speciale* su *Delitti contro la persona* dei trattati di Giovanni Fiandaca-Enzo Musco<sup>49</sup> e di Ferrando Mantovani<sup>50</sup>, contengono molto di più che la definitiva messa a fuoco delle nozioni della disciplina, giacché essi offrono, in pari tempo, l'elaborazione più compiuta del diritto alla vita nelle sue varie forme, ponendo la persona come supremo criterio assiologico dell'interpretazione costituzionale del diritto penale<sup>51</sup>.

Secondo Mantovani nell'ordinamento italiano «è la vita, che – come si può desumere dall'art. 32 Cost. – è tutelata, innanzitutto, come *diritto individuale*, supremo e personalissimo, e altresì, in termini rafforzati e non antitetici, come *interesse della collettività*»<sup>52</sup>.

Mantovani, pur ponendo in evidenza che la vita nella nostra Costituzione è tutelata soprattutto come bene individuale, aggiunge tuttavia che essa è altresì

<sup>48</sup> Il diritto alla vita trova invece nel codice civile una disciplina scarna, che offre una tutela limitata, circoscritta ai profili dell'integrità fisica (art. 5). Si comprende, pertanto, come dottrina e giurisprudenza abbiano ricostruito il diritto alla vita attraverso un costante riferimento alla Costituzione. Per un'ampia disamina vedi, in luogo di molti, R. ROMBOLI, *Persone fisiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub Art. 5, Bologna-Roma, 1988, 225 e ss.

<sup>49</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte spec.*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, IV ed., Bologna, 2013.

<sup>50</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte spec.*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Padova, 1995.

<sup>51</sup> Per una prima informazione sull'attuale dibattito dei molteplici aspetti circa le funzioni della pena, l'idea di rieducazione alla luce dello Stato democratico di diritto, laico e pluralista descritto nella Costituzione, cfr. E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2019, 3 e ss.

<sup>52</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte spec.*, cit., p. 152. Per una prospettazione diversa vedi B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, n. 1/1984, 38, secondo cui esula dalla problematica dell'art. 32 Cost. la discussione circa la presenza di un costituzionalizzato «diritto alla vita», che andrebbe semmai ricondotto all'art. 2.

protetta «in termini rafforzati e non antitetici», come, interesse della collettività.

Per rimanere al tema dell'emergenza sanitaria, è chiaro che il modello appena tracciato di tutela della vita trova riscontro nella realtà nel sistema normativo di contenimento del virus.

Nessuno dei giuristi ha messo in discussione che le misure adottate per prevenire il contagio da covid-19 fossero sicuramente necessarie, e per adattarsi al nuovo mondo nel quale si è trovati a operare si vedono spesso utilizzate le metafore della «casa che brucia» o della «nave che affonda», dove è evidente che ogni altro interesse recede di fronte alla necessità di salvare le vite umane<sup>53</sup>.

E se tale «salvezza» si sviluppa, anzitutto, sul terreno politico, particolarmente decisiva di essa è il fattore scientifico-tecnico, fra i due non è possibile stabilire una priorità cronologica o una graduazione d'importanza trattandosi di aspetti connessi ed interagenti della stessa ondata di fondo che ha sconvolto la nostra società.

Il fattore scientifico-tecnico consiste nel progresso delle scienze mediche e delle tecniche sanitarie nell'ambito dell'avanzamento della lotta al virus. Il complesso di eventi scientifici e tecnici della pandemia trasforma lo stesso senso dell'attività sanitaria e rinvigorisce nella medicina una dimensione «collettiva». Senza venir meno al suo compito di difendere dalla malattia il singolo uomo che gli si affida, il medico intende e conduce la sua opera come opera di difesa dell'intera società: egli è sempre legato al precetto della professione medica che risale al giuramento di Ippocrate<sup>54</sup> che impone al medico di perseguire la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo dalla sofferenza<sup>55</sup>.

## 6. *L'emergenza sanitaria e la continuità della validità della Costituzione. I limiti comunque esistenti*

La Costituzione, come accade per il «diritto alla vita», non contempla disposizioni esplicite sugli stati di emergenza o di eccezione<sup>56</sup>. Di sicuro i Padri

<sup>53</sup> V. particolarmente G. ZAGREBELKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in «la Repubblica», del 27 luglio 2020.

<sup>54</sup> Ma del resto, è pur sempre vero – fin da tempi del *Corpus Hippocraticum* – che «la déontologie est une morale qui aspire à devenir un droit»: così J. DEBRAY, *Le Malade et son médecin*, Paris, 1965, p. 166, citato da F.D. BUSNELLI, in *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 84.

<sup>55</sup> Per un'analisi del ruolo della medicina nella vicenda pandemica, con particolare riferimento al (delicatissimo) problema del ridimensionamento dei sistemi sanitari pubblici, si veda l'interessante articolo di un medico che svolge la professione di oncologo in Gran Bretagna, L. DE MICHELE, *Le sfide dell'identità medica al tempo del Covid*, in [www.centroriformastato.it](http://www.centroriformastato.it), 29 aprile 2021. Ben si comprende lo sconcerto con cui De Michele guarda i movimenti contro la vaccinazione che rappresentano una negazione dell'attività medica, che invece ha «una struttura scientifica metodologica rigidissima e cosciente del bilancio costi/benefici cui espone la popolazione in una campagna vaccinale».

<sup>56</sup> I punti salienti del dibattito alla Costituente sono sintetizzati, di recente, in G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 34 e ss. Con la pandemia si è rinvigorita la linea di

costituenti, che avevano ben presente il ricorso spregiudicato fatto dai precedenti regimi, liberale e autoritario, allo «stato di assedio» per tutelare il regime, non dovevano averle in simpatia.

Il Presidente del Consiglio Crispi, per stroncare il movimento socialista dei fasci siciliani, nel gennaio 1894 fece ricorso allo stato di assedio. Rudini, che gli successe alla carica nel 1896, mostrò un volto ancora più feroce a Milano, dove l'esercito sparò con i cannoni su una dimostrazione di popolo, facendo più di cento morti (aprile 1898)<sup>57</sup>.

Non vado oltre. I pubblicisti hanno illustrato le vicende che hanno caratterizzato le politiche di contrasto ai pericoli interni per la sicurezza e l'ordine pubblico e la matrice illiberale che le ha, nel corso della storia prerепubblicana, contraddistinte<sup>58</sup>.

La Costituzione ha disciplinato solo la figura del decreto legge, come atto normativo avente per presupposto la necessità urgente<sup>59</sup>.

---

pensiero che raccomanda una disciplina costituzionale dell'emergenza, v. tra gli altri, S. PRISCO – F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020, 6; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), fasc. I/2020, 206; ID., *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del covid-19*, *ivi*, fasc. III/2020, 693-694. Non avvertono la necessità di una norma scritta in Costituzione M. LUCIANI, *Una norma costituzionale per l'emergenza?*, in A. PAJNO – L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale. Volume I. Problemi di governo*, Bologna, 2021, 9; N. LUPO, *L'attività parlamentare ai tempi di coronavirus*, cit., 139; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), fasc. 1/2020, *Commenti – Parte III*, pp. 82-83; G. DE MINICO, *La Costituzione, le clausole eccezionali e la libertà delle persone*, in «Il sole 24 ore», del 7 aprile 2020, per la quale a presidio della continuazione dell'ordinamento con il suo popolo bastano la «centralità del Parlamento» e i «presidi alle libertà fondamentali» sanciti nel testo costituzionale. Si può solo osservare che l'indubbio rilievo dell'emergenza non sembra tale da esigere una disciplina costituzionale della materia, anche perché la previsione normativa costituzionale e l'attitudine riduttiva della medesima rischierebbero di non cogliere le dinamiche complessive di questa materia.

<sup>57</sup> La storiografia ha rilevato il carattere fortemente autoritario degli stati di assedio adottati dal sorgere dello Stato unitario e in seguito: cfr. S. LUPO, *La mafia. Centosessant'anni di storia*, Roma, 2018, 10 e ss.). Nel complesso l'autoritarismo mostrato dallo Stato unitario con le misure di assedio, ha osservato la storica Lucy Riall, si risolse in un «crollo dell'autorità» (L. RIALL, *La Sicilia e l'unificazione italiana. Politica liberale e potere locale (1815-1866)*, Torino, 2004, 179 e ss.).

<sup>58</sup> Su tali vicende cfr., tra i molti, R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *A.I.P.D.A. – Annuario 2005*, Milano, 2006, 31 e ss.

<sup>59</sup> Il decreto legge ha rappresentato il territorio d'elezione della categoria dell'emergenza per opera di C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 831 e ss., artefice di una ricostruzione della cui consistenza teorico generale e dogmatica la nostra tradizione continua ancora ad avvalersi sia pure in chiave ormai prevalentemente descrittiva.

La possibilità di disporre la sospensione di garanzie con decreti legge, in caso di emergenza interna, è sempre stata ammessa da Esposito, il quale muove dalla esclusione che essi non possono modificare stabilmente la Costituzione, per consacrare una qualificazione particolare della legge di conversione nel senso che essa dovrebbe convertirli per il solo passato od al massimo protrarne

Leggi amministrative hanno invece seguito la strada di moltiplicare le figure di ordinanze d'urgenza<sup>60</sup>.

La nostra dottrina ha accostato le ordinanze ai provvedimenti amministrativi, specie dopo che la Costituzione repubblicana ha irrigidito l'ordine delle fonti normative, non ascrivendole tra esse<sup>61</sup>.

---

gli effetti per un periodo di tempo limitato sino all'esaurirsi dello stato di necessità (*ibidem*, 834 ss. e 840 ss.). Sul piano della teoria generale delle fonti, inoltre, l'orientamento dottrinale in esame convalida la tesi che decreto legge e la legge di conversione possono superare i limiti propri della legge ordinaria (*ibidem*, 835). L'art. 77 comma 2 parla infatti di «provvedimenti provvisori con forza di legge». Dietro tale locuzione si celerebbe il fenomeno, assai più significativo, di un mutamento dell'oggetto del decreto-legge e della legge di conversione che, differentemente dalla legge ordinaria che dovrebbe avere carattere normativo, permette loro di disporre in via singolare in deroga al divieto di leggi personali. A sostegno dell'orientamento testé menzionato, Alessandro Pace (*Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1985, 143-146) ritiene ben più pericoloso, in ipotesi di emergenza, il ricorso alla «necessità» come «fonte istituzionale del diritto» anziché al decreto legge. Difatti, non solo è assai dubbio che possa identificarsi come fonte un fatto che è per definizione estraneo all'ordinamento, il quale invece appositamente contempla gli atti ed i fatti che in esso operano come fonti del diritto. Invero, attraverso il riferimento alla necessità si può finire per dare carta bianca ai detentori del potere; viceversa il ricorso al decreto legge sottoporrebbe il Governo a limiti più precisi per quanto concerne il regime dell'atto nonché il sistema dei controlli e delle responsabilità. In definitiva, però, il giudizio sulla adeguatezza del decreto legge nella gestione dell'emergenza subisce, da parte dell'illustre Autore, un interrogativo definitivo appuntandosi ora sulla tendenza ad una valutazione largheggiante del presupposto della straordinaria ed urgente necessità, ipotesi questa che rende elevato il rischio di disinvolute sospensioni costituzionali che rischiano di sovvertire il sistema (*ibidem*, 146).

<sup>60</sup> Le figure indiscusse sono le seguenti: *a*) ordinanze del sindaco, da questi adottate nella sua veste di «ufficiale del governo», dette «contingibili e urgenti», allo scopo di «prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» (art. 54, comma 4, T.U. degli enti locali, approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Ordinanze contingibili e urgenti possono essere adottati dal sindaco anche in caso di emergenze sanitarie e di igiene pubblica in ambito locale (art. 50, comma 5); *b*) ordinanze del prefetto *ex art.* 2 T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773, in materie di sua competenze (ordine pubblico e sicurezza pubblica), a motivo di «urgenza o per grave necessità pubblica»; *c*) ordinanze delle regioni e del Ministro della salute nel caso di situazioni che interessino territori e comunità più ampie (art. 32, legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del Servizio sanitario nazionale; *d*) ordinanze di protezione civile *ex art.* 25, T.U. della Protezione civile, approvato con d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

<sup>61</sup> Sul punto *vs.*, ad es., E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti nel nostro "sistema" delle fonti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2/2010, § 3; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2/2007, 345 e ss. Procedendo da assunti molti diversi da quelli della dottrina prevalente, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*. Contributo allo studio del potere extra ordinem *del Governo*, Torino, 2011, 366-367, conclude che il potere contingibile e urgente del Governo derivi dall'interazione della «superiorità prescrittività costituzionale con la doppia coestensività tra amministrazione e Costituzione», poiché nel nostro ordinamento a Costituzione pluralista, «[...] qualsiasi norma costituzionale ha immediato (nel senso di *non mediato*) bisogno di un'attuazione amministrativa, per altro specularmente, qualsiasi attività amministrativa è direttamente riconducibile alla Costituzione e alla sua attuazione, ossia al perseguimento dei fini ed alla concretizzazione dei principi che ne definiscono la dimensione normativa». Sul carattere

La legislazione amministrativa, nel suo sviluppo, si è andata adeguando al vincolo della legalità sostanziale, stabilendo i precetti materiali dell'azione.

Le leggi attributive di questo tipo di poteri sono rispettose del principio di legalità<sup>62</sup>, individuando l'autorità competente ad adottarli, descrivendone il presupposto che ne legittima l'emanazione, circoscrivendone l'oggetto come materia e come motivi. Proprio per questa loro funzione di integrazione dell'ordinamento, le disposizioni di legge che prevedono le ordinanze di urgenza circondano queste di limiti (rispetto dei principi costituzionali e di quelli dell'ordinamento giuridico, osservanza delle riserve di legge, ecc.), attribuendo la relativa potestà a specifiche autorità<sup>63</sup>.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, nel tempo, ha eroso via via l'ambito delle ordinanze d'urgenza circondandole di limiti (discrezionalità, ragionevolezza, vincolo del fine, ecc.)<sup>64</sup>.

---

normativo delle ordinanze *extra ordinem* dell'amministrazione è da vedersi anche lo studio più recente di E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 13 e ss., spec. 248 e ss.

<sup>62</sup> Il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico è, invero, messo talvolta in pericolo dall'esistenza di leggi che, per la loro lettera, prevedono ordinanze dal contenuto del tutto indeterminato. Con una pronuncia di qualche anno fa la Corte costituzionale, sent. 7 aprile 2011, n. 115, ha annullato una disposizione del sopra citato T.U. degli enti locali, art. 54, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, inserita nel 2008 (art. 6, d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125) che conferiva al sindaco, quale ufficiale di governo, il potere di adottare con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Nell'interpretazione della Corte, contrasta con il principio di legalità sostanziale la congiunzione «anche» (ed è questa parola che è oggetto di annullamento): perché estende l'ambito del potere di ordinanza in violazione dell'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa. In questo caso, la legge che non delimiti abbastanza il potere amministrativo non rispetta il principio di legalità in senso sostanziale ed è perciò incostituzionale.

<sup>63</sup> In dottrina si è sostenuto che nell'insieme delle norme attributive di poteri eccezionali in caso di urgenza si manifesta la «*necessary and proper clause*» del nostro ordinamento (N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, spec. 257 e ss.).

<sup>64</sup> Corte cost., sent. 14 aprile 1995, n. 195, ha marcato il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa circa le deroghe della normativa primaria ciò che implica che «i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio: il potere di ordinanza non può incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione». A commento della sentenza G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2185 e ss., a chi lamenta la genericità del presupposto – quello di urgenza – di cui alla fattispecie dell'art. 5, primo comma, l. n. 225/1992, replica: «provate a scriverne una più specifica, sono convinto che sarebbe sbagliato, dato il fine perseguito. Se poi teniamo presenti tutti i principi che oggi circondano le ordinanze di necessità ed urgenza» (rispetto dei principi generali, motivazione, proporzionalità), «mi pare che anche il presupposto, ragionando a ritroso, diventi, volta per volta, molto più circoscritto e determinato di

L'ordinamento, anche se ha accerchiato di limiti le ordinanze, non le può eliminare totalmente, poiché esse rispondono a una loro funzione insostituibile di fungere da valvola nei casi imprevisi; valvole che consentano di far fronte a emergenze per le quali i poteri tipici (le ordinanze sono sottratte al vincolo della tipicità) sarebbero inadeguati o il loro esercizio non tempestivo<sup>65</sup>.

Si assiste così a fenomeni tipici del nostro ordinamento giuridico per cui «il diritto pubblico, come del resto il diritto privato, che per primo li ha introdotti, non può fare a meno di “concetti valvola”»<sup>66</sup>.

Invero, nel caotico quadro delle fonti dell'emergenza da coronavirus fin da principio vi è stato un distacco netto dallo sviluppo dei mezzi di produzione normativi antecedenti, ed un'affermazione di poteri che non tentava nemmeno di nascondere la sua origine di *puro fatto*.

Infatti, il primo decreto legge (23 febbraio 2020, n. 6, conv., con modif., nella l. 5 marzo 2020, n. 13), poi in larga parte abrogato dal successivo decreto legge n. 19 (del 20 marzo 2020, conv., con modif., nella l. 22 maggio 2020, n. 35), ha attribuito al Presidente del Consiglio dei ministri la facoltà di provvedere, per esigenze urgenti dipendenti dalla situazione, con propri decreti, qualunque fosse la materia sui cui incidere (i tanto citati d.P.C.M.)<sup>67</sup>.

Misure restrittive, in applicazione dei decreti legge nn. 6 e 19 del 2020, saranno poi adottate con diversi d.P.C.M., che andranno via via ad assumere

---

quanto a prima vista potrebbe sembrare in base alla lettera della legge» (*ibidem*, p. 2187 nt. 5). Su questa giurisprudenza, in luogo di molti, C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *A.I.P.D.A. – Annuario 2005*, cit., 1 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 355 e ss.

<sup>65</sup> Si veda, *ex plurimis*, P.G. GRASSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 866 e ss., spec. 873 ss., che indaga con vigore ed equilibrio le ragioni del discredito delle ideologie statualistiche a fondamento dei regimi e provvedimenti straordinari.

<sup>66</sup> A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in [www.nomos-leattualitandiritto.it](http://www.nomos-leattualitandiritto.it), n. 1/2020, 2. Una chiara introduzione generale al problema è in G. MORBIDELLI, *Prefazione* a Edoardo Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., 1-8. Un diverso ordine di pensiero è seguito da G.U. RESCIGNO, *Gli interventi militari all'estero tra Governo, Presidente della Repubblica e Consiglio supremo di difesa*, in *Il Filangieri – Quaderno 2017, Missioni militari all'estero e principi costituzionali*, a cura di P. CARNEVALE – G.M. SALERNO, Napoli, 2017, 41, che esclude l'esistenza nel nostro ordinamento di poteri originari dell'esecutivo.

<sup>67</sup> Il decreto legge n. 6 del 2020, da un lato, prevedeva (art. 1, commi 1 e 2) una serie di misure che potevano essere adottate per evitare il diffondersi del virus (tra cui ad esempio il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata o di accesso agli stessi, la sospensione di manifestazioni in luogo pubblico, dei servizi educativi per l'infanzia e per le scuole di ogni ordine e grado, la sospensione di attività lavorative per le imprese e gli enti pubblici, salvo eccezioni, etc.), dall'altro prevedeva l'adozione di decreti del Presidente del consiglio dei ministri per l'attuazione delle misure restrittive concernenti l'intero territorio nazionale (art. 3, comma 1). Il secondo decreto-legge n. 19 del 2020, ha introdotto importanti modifiche al primo, specialmente specificando tassativamente (e non più sommariamente) le misure che potevano essere adottate sempre al fine del contrasto all'emergenza epidemologica.

un ruolo in ogni caso preminente per la disciplina dell'emergenza sanitaria nel nostro Paese<sup>68</sup>.

Lo schema normativo fornito dai menzionati due decreti legge è stato poi ripetuto per altri decreti legge emanati in successione. In forza dei molteplici decreti legge emanati per contrastare l'emergenza sanitaria ed anche ai sensi della normativa previgente (pure richiamata dai decreti legge), saranno emanate innumerevoli ordinanze ministeriali e della protezione civile, ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei sindaci dei comuni.

L'elasticità e il disordine, che sono la migliore prova dell'appannamento interno dell'assetto delle fonti, hanno portato al riconoscimento di poteri così ampi al Presidente del Consiglio da far sorgere inizialmente il dubbio che tali funzioni fossero innanzitutto conformi alla *ratio* della legge n. 400 del 1988 e del T.U. della Protezione civile, n. 1/2018<sup>69</sup>.

Un opposto orientamento ha sostenuto l'interpretazione per cui i d.P.C.M. hanno poggiato la loro legittimità sia sul T.U. della Protezione civile (artt. 5, 7, 24 e 25), sia sui decreti legge integrativi e/o modificativi di quella disciplina, puntualmente presentati dal Governo al Parlamento, e da questo regolarmente convertiti in legge<sup>70</sup>.

Da questo punto di vista, il nostro convincimento è che la vicenda della concentrazione dei poteri in capo al Governo e al suo Presidente possa essere letta non nell'ottica della loro volontà di violare i principi del sistema parlamentare esautorando il ruolo del Parlamento<sup>71</sup>, ma nell'ottica di un «temporaneo mutamento costituzionale per mancato esercizio di funzione, che ha finito per

---

<sup>68</sup> Incontenibile la letteratura su entrambi i decreti, al punto che si è ironicamente notato che la enorme quantità dei commenti fosse stata «favorita forse anche dall'obbligo di stare a casa»: così R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), fasc. III/2020, 513.

<sup>69</sup> Così, F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. I/2020, 130 e ss.

<sup>70</sup> Cfr. i contributi di U. DE SIERVO, *Il contenimento di covid-19: interpretazioni e costituzione*, cit., 63, che qualifica i d.P.C.M. come atti «normativi precari» e di «prima applicazione» del dettato dei decreti legge, nel continuo mutevolissimo panorama del contenimento alla pandemia; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 2/2021, 153 e ss.; 165; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 11 aprile 2020, 25-26.

<sup>71</sup> Tra i molti, v. M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 3/2020, 1 e ss., che inoltre stigmatizza l'eccessiva esposizione mediatica del Presidente del Consiglio dei Ministri, «al di fuori di qualunque prassi costituzionale» (*ibidem*, 15); I.A. NICOTRA, *Pandemia Costituzionale*, cit., 74 e ss., 106 e ss., che parla di un Presidente del Consiglio dei Ministri «primo fra ineguali». Non va dimenticato però che lo svilimento del ruolo del Parlamento e la perdita del suo peso all'interno del sistema istituzionale «non sono nate con l'emergenza dovuta al Coronavirus, ma vengono da lontano» (V. LIPPOLIS, *Il rapporto parlamento – Governo nel tempo della pandemia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 1/2021, 277).

alterare, nelle more dell'emergenza, l'equilibrio tra stato parlamentare e stato amministrativo, scaricando in modo pressoché totale il peso dell'azione statale sull'amministrazione»<sup>72</sup>.

Le perplessità sollevate contro le misure di emergenza adottate dal Governo, inoltre, pur non riguardando l'uso dello strumento di urgenza, che è una pillola amara da ingoiare per ragioni di sicurezza, hanno riguardato l'ambito di applicazione e i modi di attuazione<sup>73</sup>.

Ampliando questa prospettiva, la gestione dell'emergenza Covid-19 è ritenuta illegittima sotto molteplici aspetti, e si è addirittura sostenuta la sua globale incostituzionalità<sup>74</sup>.

Nel silenzio della Costituzione in materia di emergenza, la necessità di assicurare alla salute pubblica una tutela forte non può che spingere ad ascrivere a «diritto» il complesso normativo apprestato dal Governo per la lotta al virus.

La dottrina pubblicistica che negli ultimi decenni si è impegnata nell'indagare queste problematiche<sup>75</sup>, per lei di frontiera, tende a configurare lo stato di

<sup>72</sup> Così, A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., 163.

<sup>73</sup> Se le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri al sorgere dell'emergenza hanno trovato il loro fondamento nell'ambito della legislazione sulla protezione civile, si è poi sentita l'esigenza di fondare i d.P.C.M. sulla decretazione d'urgenza, presupponendo che le misure stabilite nei decreti legge fossero precisate e stabilite nei d.P.C.M. Il che, a molti studiosi, è sembrato un rimedio peggiore del male, perché in tal guisa si abilitano «sospensioni» dei diritti costituzionali o con provvedimenti governativi *extra ordinem* o, addirittura, con provvedimenti amministrativi. V., ad es., L. MAZZAROLLI, «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 tacere d'altri*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23 marzo 2020, spec. 12 e ss.; ID., *Sulle fonti del diritto in tempi di virus. Parte II – La «guerra delle ordinanze»*, in *Quad. amm.*, n.2/2020, 5 e ss.; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), fasc. 3/2020, 253 e ss.; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, *ivi*, spec. 7 e 11. *Contra*: V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 359, il quale muovendo da un ampio esame della giurisprudenza costituzionale e ordinaria in materia di emergenza rileva che «anche nelle materie coperte da riserva assoluta (nelle quali perciò il potere regolamentare del Governo non può intervenire), laddove sono previsti, anche in base alla Costituzione, poteri amministrativi (ad esempio, ispezioni sanitarie, art. 14; divieti di riunioni in luogo pubblico, art. 17, etc.), sicuramente questi possono essere esercitati come poteri di ordinanza ove ve ne sia la necessità», ovviamente comprovata, e soggetta a controllo giurisdizionale.

<sup>74</sup> Cfr. A. BALDASSARE, *Il diritto ai tempi del Covid-19*, cit., 280; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, 2020, 25 e ss. Per una valutazione fortemente critica di questi orientamenti, ai limiti del rifiuto, cfr. S. TRUZZI Intervista a G. ZAGREBELSKY, *Chi dice Costituzione violata non sa di cosa sta parlando*, in «Il Fatto Quotidiano», dell'1 maggio 2020, «Quando scendono in campo i giuristi, vuol dire che non siamo messi molto bene. Ci si rivolge ai giuristi per avere una parola chiara e normalmente se ne ottengono molte oscure, spesso contraddittorie. Una delle più frequenti prestazioni dei giuristi, nel loro insieme, è di rendere meravigliosamente oscure (Rabelais) persino le questioni chiare».

<sup>75</sup> Ci riferiamo ai lavori di V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986,

emergenza come un regime provvisorio e straordinario rispetto a quello normale, il quale viene immesso in base al presupposto che esso riguardi un caso contingente e non previsto dall'ordinamento e perciò non disciplinabile con le disposizioni dei tempi normali; in tali casi viene introdotta una previsione che non integra stabilmente l'ordinamento giuridico ma vive ai margini di esso non inserendosi tra le norme costituenti l'ordinamento normalmente vigente<sup>76</sup>.

Lo stato di emergenza è tale non tanto per i caratteri propri alla situazione di fatto, che peraltro sarebbero di problematica individuazione, quanto perché così considerato dall'ordinamento giuridico che ne permette la disciplina con un diritto eccezionale e temporaneo. In più, dal momento che la previsione eccezionale non innova l'ordinamento giuridico ma pone provvisoriamente un'accezione alla disciplina dei tempi normali incidendo sulla sua efficacia, essa dà luogo ad una sospensione che pone la norma cui si riferisce in una sorta di stato di quiescenza<sup>77</sup>. Per questo motivo la disciplina di emergenza produce un effetto sospensivo che può riguardare anche le norme costituzionali<sup>78</sup>.

Secondo la dottrina in esame lo stato di emergenza è un fenomeno endogeno a ciascun ordinamento giuridico, che ne predispone una propria disciplina<sup>79</sup>.

Questa fondamentale acquisizione deve essere collegata a quanto sostenuto, con la consueta incisività, da Marzuoli: «l'emergenza, altro non è se non un modo che ridefinisce in concreto (non in astratto) il valore di certi diritti, di certi soggetti in certi contesti (di emergenza, appunto), a fronte di altri diritti. La sua originalità è in ciò che rimescola gli ordinari criteri e le ordinarie gerarchie del bilanciamento fra interessi: diviene determinante il rapporto (secondo ragionevolezza e proporzionalità) fra evento (bisogno da soddisfare) e misura»<sup>80</sup>.

---

e di P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, ai quali bisognerà aggiungere, almeno, quelli di F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 274 e ss., e di P.G. GRASSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, cit.

<sup>76</sup> V. P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 48 e ss.

<sup>77</sup> P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento*, cit., 58.

<sup>78</sup> P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento*, cit., 61 e ss.

<sup>79</sup> P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento*, cit., 91 e ss.

<sup>80</sup> Non v'è da stupirsi dunque se Marzuoli, pur muovendo da premesse così marcatamente orientate ad accreditare che la tecnica di risoluzione del conflitto tra valori costituzionali confliggenti stia nel bilanciamento, sostenga la tesi che l'emergenza è il mezzo con cui prende concretamente forma il bisogno di tutela che reclamano certi diritti, costituendo perciò «un parametro costituzionale presente non semplicemente come presupposto che autorizza un parziale spostamento di competenza dell'atto di normazione primaria (dalla legge al decreto-legge) [...], ma presente nel senso che implica una diversità di contenuto dispositivo-precettivo: un contenuto straordinario, perché individuabile sulla base di un contesto in cui l'ordine ed il valore delle entità da bilanciare è diverso da quello che opera in situazione di non emergenza e dunque da inquadrare in un ambito di regole e principi costituzionali in qualche punto diversi da quelli ricavabili quando il profilo dell'emergenza non viene in questione» (C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 24 e 26).

Anche la recente storia costituzionale ha conosciuto momenti di sospensione di diritti o competenze costituzionalmente garantite sulla base della delimitazione temporale prevista dalle discipline di volta in volta in questione, e giustificate dalla Corte costituzionale perché dirette alla tutela di beni dall'«ordine pubblico» (sent. n. 15 del 1982) ai «limiti generali della finanza pubblica» (sent. n. 307 del 1983), «collocati e collocabili – osserva Cesare Pinelli – su un piano comunque inferiore a quello della tutela della salute e della stessa vita umana, al di là della nota assenza di una gerarchia fra principi costituzionali»<sup>81</sup>.

Di sicuro il fine delle misure di emergenza adottate contro il Covid-19 è anche la tutela della Costituzione. Le misure sono state predisposte contro pericoli seri per l'esistenza dello Stato e la sicurezza della vita dei cittadini<sup>82</sup>, che non potevano essere eliminati solo attraverso i mezzi *normali* previsti dalla Costituzione (decreto legge), ed il difendersi o l'agire contro di essi è stato possibile attraverso mezzi *eccezionali* (i d.P.C.M.).

Tutti i decreti legge e i d.P.C.M. di regolamentazione dello stato di emergenza hanno avuto come loro fine di ristabilire al più presto possibile lo *status quo ante*: la deroga alle regole ordinarie è stata provvisoria, limitata a un arco temporale circoscritto<sup>83</sup>.

In breve, non si può non concordare con il saggio densissimo di Ugo De Servio, che ha dettagliatamente e approfonditamente analizzato le misure normative dell'emergenza, giungendo a sostenere che «queste norme speciali di natura emergenziale per il contenimento del COVID-19 restano pur sempre una eccezione mentre, al di là della loro area, continua pienamente la vigenza della Costituzione e di tutte le sue ordinarie istituzioni e dei suoi tipi di legislazione»<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), *Rassegna*, n. 5/2020, 2-3.

<sup>82</sup> Non c'è da sorprendersi allora se anche sul piano dell'interpretazione delle singole disposizioni costituzionali i principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae* fossero stati ampiamente apprezzati. Questi principi – spiega Luciani – sono positivizzati in specifici principi costituzionali quali quelli della unità e indivisibilità della Repubblica, del ripudio della guerra, della tutela della salute pubblica e della sicurezza, dei principi supremi sottratti alla revisione costituzionale (artt. 5, 7, 10, 11, 87 e 139): M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 4. Per più ampi riferimenti normativi v. M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, cit., 8; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia*, cit., 518.

<sup>83</sup> La teoria della necessità fonte è ripresa in G. DE VERGOTTINI, T.E. FROSINI, *Diritto pubblico*, Milano, II ed., 2021, 120, puntualizzando che «nei casi in cui risultasse che la necessità venisse utilizzata per la salvaguardia della costituzione, sarebbe sì fonte non legale in quanto non formalmente prevista ma tuttavia costituzionalmente compatibile e inevitabile proprio in quanto necessitata». Nella dottrina postcostituzionale la teoria della necessità come fonte originaria di produzione di norme giuridiche è accolta isolatamente da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, IX ed., T. I, 1975-1976, 79 e ss. e T. II, 1976, 702 e ss.

<sup>84</sup> U. DE SIERVO, *Il contenimento di covid-19: interpretazioni e costituzione*, cit., 57. Per una applicazione della dottrina della necessità e dello stato d'eccezione alla crisi pandemica, v. G. AZZARITI, *Il*

L'attività del Governo italiano – con la popolazione tra le più colpite al mondo dalla terrificante epidemia da coronavirus – si è risolta in decisioni e atti che hanno sospeso la Costituzione solo in parte e muovendo dall'idea di ultima *ratio* cioè del divieto di eccesso (o di non proporzionalità), per poter ristabilire la sua validità illimitata<sup>85</sup>.

Una giurista insigne, fin dal sorgere dell'emergenza, aveva formulato il seguente condivisibile giudizio: «questa che stiamo vivendo è una necessità assoluta. E in un momento del genere devo dire che a me basta la libertà di stampa. Quel che è certo è che queste misure devono durare poco e per il tempo davvero necessario»<sup>86</sup>.

Già Santi Romano distingueva l'esercizio di «poteri necessitati» dal «colpo di Stato» sulla base del fatto che nel secondo caso l'alterazione dell'ordinamento costituzionale possedeva il requisito della stabilità, mentre nel primo si era alla presenza di una deroga *provvisoria* all'ordinamento preesistente<sup>87</sup>.

Nel testo classico di ispirazione dello Stato costituzionale moderno *De l'esprit des lois* di Montesquieu, al paragrafo XXI «Come si sospende l'uso della libertà nella repubblica» si legge con parole di rara efficacia: «Confesso tuttavia che l'usanza dei popoli più liberi che siano mai stati sulla terra mi fa credere che ci siano casi in cui conviene mettere, per un attimo, *un velo* sulla libertà, come si nascondevano le statue degli dei»<sup>88</sup>.

---

*diritto costituzionale d'eccezione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), fasc. 1/2020, *Editoriale – Parte I*, I e ss.; nonché, più in generale, ID., *Diritto e conflitti*, cit., 124 e ss.

<sup>85</sup> Si può, anzi, riprendere, un'affermazione di F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 278, per i quali lo stato d'assedio (o lo stato di emergenza, aggiungiamo) rappresenta l'«antitesi» che «conduce lo Stato originario alla riaffermazione dialettica di sé medesimo». Lo stato d'assedio si dirige, infatti, alla conservazione della *Costituzione formale* e questo fine fa di esso «un istituto, *rectius*, un ordinamento eminentemente conservatore», da qui l'esigenza di distinguerlo nettamente «da istituti (od ordinamenti) ad esso totalmente irriducibili e con esso contrastanti, quali la rivoluzione o il colpo di stato, rivolti come sono a porre stati e definitivi mutamenti alla Costituzione formale o addirittura a sopprimerla e a sostituirla con una nuova, attraverso una esplicita violazione di essa, pur nell'eventuale intendimento di svilupparne lo spirito». Non è un caso, del resto, che la medesima distinzione viene ripresentata oggi da Zagrebelsky, quanto distingue tra «stato di eccezione», categoria incompatibile con la logica dello Stato costituzionale, e «stato di emergenza», categoria a cui si ricorre per rientrare il più presto possibile nella normalità: «Lo stato di emergenza include esclusivamente poteri finalizzati allo scopo predeterminato di rientrare nella normalità. Tali poteri non possono essere specificati tassativamente e preventivamente poiché nemmeno le situazioni di emergenza sono prevedibili con esattezza» (G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, loc. cit.).

<sup>86</sup> L. CARLASSARE, *Se ci si mette nello spirito della Costituzione, la vita cambia*, Intervista in *Massime del Passato*, disponibile al link: <https://massimedelpassato.it/la-rivoluzione-di-lorenza-carlassare-in-nome-della-costituzione/>

<sup>87</sup> S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, IV ed. riveduta, 160 ss., 285 ss. Per la ricostruzione degli orientamenti dottrinali succedutisi sin dall'inizio del secolo scorso per la determinazione di quella che vuol essere la necessità o l'emergenza si rinvia ancora a F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, 273 e *passim*.

<sup>88</sup> MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de), *Lo spirito delle leggi*, (1748), trad. it. di B.B. Serra, Milano, 2007, VII ed., vol. I, 358 (corsivo nostro).

7. *La protezione della Costituzione è anche il fine dello stato di emergenza. Ideologia e pratica del potere di emergenza. La persistenza dello Stato*

Proviamo a riepilogare. Lo Stato moderno, come per sommi capi ho provato a descrivere nel primo paragrafo, è stato concepito quale strumento di pacificazione interna e di garanzia e difesa delle condizioni naturali o pre-politiche di esistenza: la vita, le libertà, le immunità dai soprusi<sup>89</sup>.

Abbiamo già detto che per Hobbes gli uomini, entrando nello stato civile, rinunciano a tutti i diritti tranne uno: «il diritto alla vita».

Egli teorizzò come fondamentale il diritto del suddito all'«autoconservazione»: «Un patto che non mi difenda dalla forza con la forza è sempre vano, poiché nessuno può trasferire o abbandonare il proprio diritto di salvarsi dalla morte, dalle ferite, dalla prigione»<sup>90</sup>.

Come accade regolarmente alle categorie giuridiche della modernità, ciò che in origine si presenta come caratterizzato da una sanguigna concretezza (la cura della propria autoconservazione), viene trasformato dalle Costituzioni del XX secolo in un principio formale (come i diritti inviolabili dell'uomo o il principio di rispetto della dignità della persona umana) che, in pari tempo, identificano un'attribuzione astratta della persona come soggetto di diritto<sup>91</sup>.

A me sembra che la Costituzione abbia indicato la strada da seguire nell'af-

<sup>89</sup> Non è dunque esagerato affermare che la questione della «*conservatio vitae* è al centro della grande cultura classica e moderna. Essa risuona nel richiamo cristiano alla sacertà della vita, così come nella filosofia politica inaugurata da Hobbes, fino a toccare i nervi scoperti della biopolitica contemporanea. Mantenersi in vita è il primo compito al quale gli uomini di tutte le società sono stati chiamati in una sfida, non sempre vinta e anzi regolarmente persa, che a volte si rinnova con violenza inaspettata» (così R. ESPOSITO, *Istituzione*, cit., 10).

<sup>90</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, cit., cap. XIV, 83. In M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1651, vi è l'esplicita affermazione che il dovere di protezione del sovrano non concernerebbe soltanto la sicurezza fisica: «poiché – come precisa il *De Cive* in un passo di chiara ascendenza aristotelica [...] – “Per bene dei cittadini non si deve intendere soltanto la conservazione, comunque, della vita, ma di una per quanto possibile felice” [...], il che comporta incalcolabili conseguenze in termini sia di estensione dei compiti del sovrano, sia (per contrappasso) di pretese dei sudditi nei suoi confronti».

<sup>91</sup> Nel testo costituzionale la qualificazione terminologica della persona, la cui menzione colloca il riferimento nell'ambito di singole fattispecie, è complessa e ricca: «già l'analisi lessicale – nota sinteticamente Alpa – rivela quante siano le situazioni giuridicamente rilevanti prefigurate dai Costituenti, e come la persona sia al centro dello stesso impianto normativo fondamentale». «Di volta in volta è considerato come membro di un'entità (come il popolo), e come membro dell'organizzazione politica (elettore, eletto), come parte dell'organizzazione amministrativa (funzionario, impiegato, dipendente), e soprattutto nei ruoli familiari (coniuge, genitore, figlio, minore), sociali (cittadino, straniero), professionista (lavoratore, professore, avvocato, magistrato, militare, agente di polizia), ivi compresa la considerazione delle condizioni economiche (non abbiente, indigente) e le condizioni di marginalità (minore, inabile, minorato)» (G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, cit., 316, nota 2).

frontare e risolvere alcuni dei problemi delicati e spinosi come quelli posti dalla pandemia da Coronavirus: dare il giusto primato al diritto alla vita come principio fondatore della convivenza civile e costituzionale.

È chiaro che la vita costituisca un bene primario di rilevanza costituzionale implicita<sup>92</sup> la cui protezione funge da presupposto logico e ontologico per la tutela di altri beni di rilevanza costituzionale esplicita quali ad esempio i diritti riconosciuti ai singoli (si v. gli artt. 13 e ss. Cost.).

Naturalmente, l'attuazione delle indicazioni costituzionali sarà vicenda in larga misura consegnata alla dimensione della scienza e della politica: essa, pertanto, dipenderà, in primo luogo da equilibri esterni al sottosistema giuridico e propri, viceversa, di altri sistemi sociali, a cominciare, appunto, da quello politico e scientifico. Inutile dire che un simile progetto richiede al sistema politico un aumento di complessità istituzionale, e non certo una semplificazione dello Stato o peggio una sua fine come vorrebbero certe correnti di pensiero<sup>93</sup>.

Il punto è che la emergenza da Covid-19 ha imposto un monopolio statale del potere straordinario di emergenza che ha fatto temere il regresso verso un uso dispotico del governo delle misure da adottare in nome della protezione della nostra salute e della nostra vita, la restaurazione del potere assoluto del Leviatano contro lo Stato di diritto.

D'accordo che il nostro sistema si presentava non adeguato e che lo stesso non era stato in grado di cogliere le sollecitazioni che in favore delle riserve di garanzia provenivano dalla Carta costituzionale, ma, nella letteratura sull'argomento, alle puntuali e dettagliate rilevazioni del dato non corrisponde un approfondimento – nella misura che a mio avviso sarebbe stata necessaria – sul «perché» il nostro sistema avesse assunto uno svolgimento insufficiente.

<sup>92</sup> Che la dottrina ricollega all'art. 13 Cost., nel quale andrebbe ricompreso ogni diritto sul proprio corpo e sulla propria mente, incluso quello all'esistenza degli stessi (cfr. A. BALDASSARE, *Diritti inviolabili*, cit., 27). Nel senso che, in assenza di esplicita tutela costituzionale, il fondamento costituzionale del diritto alla vita può ricavarsi dagli artt. 32, 1° co., 38, 27, 3° e 4° co., 13, 4° co. e 41, 2° co., v. da ultimo S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, 2018, 219.

<sup>93</sup> L'idea dello Stato come soggetto determinante in tempi di pandemia è presente in I. MASSA PINTO, *Il diritto costituzionale di fronte all'emergenza CoVID-19: la costituzione in senso funzionale e la (in) consapevolezza delle tendenze autodistruttive del sistema*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 315 e ss., spec. 329, ove si trova la vigorosa sottolineatura per cui anche «per i costituzionalisti, si potrebbe dire, la festa è finita: le retoriche pluridecennali intorno alla fine delle categorie dello Stato tradizionale hanno dimostrato tutta la loro inconsistenza», e da qui il forte richiamo alla necessità di un «Stato forte, che trasformi la moltitudine in *societas civilis sive politica*». Un vigoroso richiamo in tal senso è anche in L. VENTURA, *Diritto e fatti*, cit., 378 e ss. Sulla necessità e persistenza dello Stato e del suo diritto (che anzi estende progressivamente il suo ambito di applicazione) v. anche le autorevoli voci di C. GALLI, *Sorpresa, lo Stato fa politica*, in «da Repubblica», del 4 marzo 2021; M. AINIS, *Una ferita all'eguaglianza*, in «da Repubblica», del 27 marzo 2021; E. GALLI DELLA LOGGIA, *La nuova inattesa sovranità. Così torna lo Stato nazionale*, in «Corriere della sera», del 15 aprile 2021; S. FIORI Intervista a G. AMATO, *Lo Stato è tornato ma in economia non è la soluzione*, in «da Repubblica», del 27 aprile 2021.

Nelle molte indagini sull'emergenza da coronavirus non si è tenuto in conto che i sistemi giuridici non vivono in un «mondo immaginario»<sup>94</sup>, ma costituiscono il prodotto di molteplici fattori: la cultura, le vicende storiche che hanno accompagnato la vita di una nazione, i costumi, la moralità diffusa<sup>95</sup>. Il tema dell'emergenza non è, infatti, un problema tecnico o non è un tema esclusivamente tecnico<sup>96</sup>.

La tutela della Costituzione è anche il fine dello stato di emergenza che, a sua volta, per realizzare veramente se stesso, deve incidere sul mondo delle cose e trasformarlo. L'emergenza deve massimizzare la salvezza di certi interessi in occasione di eventi straordinari, con la sospensione delle garanzie costituzionali, e si riporta a scelte valutative tra individualismo e solidarietà che, a loro volta, implica una riformulazione del sempre mutevole equilibrio fra «libertà e autorità» inquadrate invece nel più ampio contesto dialettico tra «fatto e diritto»<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Riprendiamo l'espressione di M.S. Giannini citata nell'*exergo*.

<sup>95</sup> Su questi punti, v., in sintesi estrema ma efficace, M. DOGLIANI, *La sovversione dell'immaginario costituzionale ovvero: come è cambiata la percezione del "fatto" nel diritto costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 4/2015, 51 e ss.

<sup>96</sup> Nota criticamente A. NEGRI, *Governo* (1970), ora in G. ALLEGRI (a cura di), *Dentro/contro il diritto sovrano. Dallo Stato dei partiti ai movimenti della governance*, Verona, 2009, 102, che essendo molto controverso se e in che misura poteri straordinari, assunti dal governo in situazioni di necessità, siano compatibili con la Costituzione stessa, di regola «questioni» del genere: «vengono risolte senza dare troppa importanza al parere dei giuristi». La precisazione è importante: il mancato coinvolgimento dei giuristi si è nel concreto realizzato nella gestione della crisi da Covid-19 (v. per tutti S. STALANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *www.rivistaaic*, n. 2/2020, 531 e ss.).

<sup>97</sup> Il fine limitato del lavoro impedisce più ampi svolgimenti. La difficoltà, che resta da chiarire, e che la scienza pubblicistica dimostra di non ignorare con il confronto operato nella letteratura sull'emergenza sanitaria da coronavirus al celebre studio di Santi Romano sulla necessità e sulle altre fonti (S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1950, 287-310), consiste nel determinare i rapporti tra le fonti formali, che consentono una regolamentazione preventiva della fattispecie, e gli altri fatti, ugualmente produttivi di diritto, che sono, però, giuridici solo per essersi realizzati. Qui vorrei solo accennare alla applicazione fatta da Giovanni Miele nel suo poderoso scritto *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1987, 169-253, alla teoria romaniana della necessità intesa quale fonte operante per quanto concerne la legittimità di provvedimenti *extra ordinem* a difesa dello Stato in condizioni di emergenza. In Miele il vivo senso della «sostanza sociale» (che egli apprezza soprattutto in Romano) o della «realtà sociale» («quel che è dunque che decide della vita del diritto e la realtà sociale, della quale espressione cospicua è il fatto umano») creano un distacco dallo stretto positivismo per il quale il solo valore è la legge, così come è o, sarebbe meglio dire, così come appare. In tal modo, la necessità, torna ad essere definita «come circostanza determinante l'agire di un soggetto», condizione e presupposto di fatto per la validità di essi provvedimenti, «non dunque la necessità per sé stessa costituisce il titolo che giustifica l'eventuale infrazione del diritto oggettivo, ma l'obbligo giuridico di adoperarsi per uno scopo indifferibile: la necessità rende concreto e attuale quest'obbligo, ma esso preesiste alla necessità». Dunque, il nodo centrale dell'intuizione di Miele,

Il problema dell'emergenza – che a fronte di pericoli che non possono essere eliminati attraverso i mezzi normali previsti dalla Costituzione richiede l'agire contro di essi solo attraverso mezzi eccezionali – nasce da noi segnato dalla diffidenza sedimentata nel corso dei secoli del cittadino nei confronti dell'autorità e dal timore di essere espropriati della propria sfera di libertà.

Le scelte del Governo nell'emergenza da coronavirus hanno privilegiato il versante dell'autorità, in nome di esigenze di solidarietà e, quindi in funzione di scelte ideologiche condivisibili.

Nel conflitto tra il diritto alla vita e all'accesso a strutture mediche salvavita (di chi è più a rischio) e la sospensione momentanea dei diritti fondamentali (della stragrande maggioranza della popolazione), il pendolo dell'alternativa è oscillato in favore del primo.

Allo stesso modo, nel conflitto tra il potere esecutivo nazionale di tenere in vita i suoi provvedimenti e le pretese dei governi regionali di vedere ottemperati i propri atti, si è data prevalenza al potere del Governo della Repubblica<sup>98</sup>.

D'altra parte, se, come ha affermato la Corte costituzionale nella sua prima sentenza sul sistema nazionale in materia di emergenza, sono i doveri di solidarietà (art. 2 Cost.) a legittimare i poteri statali invasivi, dinnanzi a grandi calamità deve prevalere «unità di indirizzo e di azione», «non vi è più luogo a sottili dosaggi di poteri ed a complicazioni di procedure...», per consentire la tempestività dei soccorsi «cui tutti devono cooperare», e non i soli individui, ma gruppi organizzati e gli «enti di qualsiasi specie»<sup>99</sup>. Certo, l'argomentare della

---

è quello che c'è un «diritto» dello Stato e c'è un «diritto» che corrisponde alla realtà della vita e sono entrambi essenziali e insopprimibili. Il senso del discorso di Miele mi pare molto pertinente e molto chiaro rispetto a ciò che costituisce oggetto della nostra riflessione. Credo sia opportuno aggiungere che né in Miele né del resto nello stesso Romano, come bene mette in luce Mario Nigro, la teoria dell'ordinamento-istituzione diventò effettiva base dell'intera vita del diritto e assorbente parametro di comprensione e interpretazione di esso (Cfr. M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1988, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 1960-1961).

<sup>98</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 37/2021, cit. Significativa appare, da questo punto di vista, anche la fattispecie sulla quale si è pronunciata il Cons. St., Sez. I, 7 aprile 2020, n. 735 (v. A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), fasc. I/2020, 221): nel parere si contesta la competenza del Sindaco ad adottare l'ordinanza sindacale con cui si faceva obbligo a chiunque intendesse attraversare lo "stretto di Messina" di registrarsi presso un sistema di prenotazioni on line con almeno 48 ore di anticipo, fornendo alcuni dati identificativi personali, nonché i motivi dell'attraversamento, e dovendo quindi attendere il rilascio da parte del Comune di Messina del nulla osta allo spostamento.

<sup>99</sup> Corte cost., sent. 28 dicembre 1971, n. 208, punto n. 2 del *Cons. in dir.* Sentenza scaturita in occasione della contestazione dell'art. 5, della legge n. 996/1970, contenente norme sul soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite da calamità e sulla protezione civile. La sentenza fu commentata da F. MERUSI, *Le catastrofi «ripartite»*, in *Giur. cost.*, 1971, 2319 e ss., che osservò, che la legge n. 996/1970 configurò una modificazione costituzionale «alla Rocca», cioè consistente in

Corte si nutre pressoché esclusivamente del grande principio contenuto nell'art. 2 Cost., facendo recedere la tutela di altri interessi o competenze. Ma, in questa fase storica, credo sia sufficiente osservare che, il combinarsi del primato del principio di solidarietà con il primato del valore della vita, mette capo all'idea che la tutela della persona si espande nella tutela solidaristico-partecipativa proprio dell'art. 2 Cost.

L'originario progetto di tale norma costituzionale è di un diritto come creazione al servizio della persona, strumento, per un verso, di tutela dei diritti primari dell'individuo e, per un altro, di promozione e di sviluppo della sua personalità in continuo rapporto di solidarietà «politica, economica e sociale» con tutti gli altri<sup>100</sup>. Ecco il modo con cui più intensamente si realizza la strumentalità dello Stato e del diritto al rispetto della vita che, nell'emergenza Covid-19, non è solo un essere in sé, essa è anche un essere per gli altri. La dimensione individuale e sociale si integrano in un unico valore, quello che appunto, complessivamente, chiamiamo persona.

---

norme, «di per sé, non incompatibili con l'ordinamento costituzionale vigente, ma purtuttavia tali da legittimare situazioni di fatto modificative dell'ordinamento vigente» (*ibidem*, 2322).

<sup>100</sup> Con molta sensibilità A. RUGGERI, *Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), fasc. I/2020, 257 nt. 54, ricorda l'attuarsi del principio di solidarietà sociale nella esemplare condotta del personale sanitario nell'emergenza di questi mesi, anche con l'estremo atto del sacrificio della propria vita da parte di molti. Sono i doveri di solidarietà, altresì, a dare tono al discorso di Natalino Irti: «Se l'invisibile nemico è in agguato per colpire tutti gli individui, e dunque l'umanità intera si trova esposta al rischio», il vincolo giuridico imposto alle misure di contenimento rinvia anche ad un «atto d'amore, come nei casi, venuti numerosi sotto il nostro sguardo, di giovani obbedienti per paura di contagiare cari "anziani": essi, forti di fresche e intatte energie; loro stanchi e "vulnerabili". Così la vita del singolo si mostra legata a quella degli altri, "non è tutta nostra, ma nostra e d'altri" [...].», e, «nel custodirla e difenderla, compiamo un gesto d'amore e d'intesa socialità. La paura della morte propria si converte in trepido amore per la vita altrui» (N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 87). E quindi, come si è già avuto modo di ricordare (v. *supra*, nota 25), per quanto potente sia l'appello alla paura della morte, è piuttosto chiaro che, nel contesto delle attività complesse e inedite che caratterizzano la società attuale, la sopravvivenza richieda cooperazione e che il ritorno a una vita soddisfacente ha bisogno di solidarietà.

### Abstract

Mai come in questo periodo Costituzione e vita hanno intrecciato le loro orbite, con esiti altamente complessi e ancora incerti. Perché a essere messa in questione dal Covid-19 è stata la vita di intere popolazioni. Che non si sia trattato solo di questo, che a essere in pericolo sia anche altro – lo stato di diritto, la libertà, l'economia – è pacifico. Resta che il virus ha attaccato prima di tutto la nostra sopravvivenza, determinando una serie di misure normative inedite e giustificate essenzialmente dalla difesa della vita. Nel conflitto tra il diritto alla vita e la sospensione momentanea dei diritti fondamentali il pendolo dell'alternativa è oscillato in favore del primo. Le scelte del Governo in tempi di pandemia hanno privilegiato il versante dell'autorità, in nome di esigenze di solidarietà e, quindi in funzione di scelte ideologiche condivisibili. Il saggio intende dimostrare come questo modo di affrontare il problema sia nel giusto perché il diritto alla vita rappresenta il parametro fondamentale, se non esclusivo, alla stregua del quale giudicare l'operato dello Stato. L'ipertrofia dell'azione politica statale è il riflesso dell'interesse fondamentale della collettività che qui si indentifica, senza residui, con il diritto alla vita che, nel sistema costituzionale vigente, è parte integrante del principio personalista.

### State, emergency and right to life

Never as in this period Constitution and life have antertwined their orbits, with highly complex and still uncertain outcomes. Because it was the life of entire populations that was questioned by Covid-19. That it was not just this, that something else – the rule of law, freedom, the economy – is also in danger, is certain. It remains that the virus, first of all, attacked our survival, resulting in a series of unprecedented regulatory measures justified essentially by the defense of life. In the conflict between the right to life and the temporary suspension of fundamental rights, the pendulum of the alternative has swung in favor of the former. The choices of the Government in times of pandemic have privileged the side of authority, in the name of the need for solidarity and, therefore, in function of shared ideological choices. The essay intends to demonstrate how this way of facing the problem is correct because the right to life represents the fundamental, if not exclusive, parameter by which to judge the work of the State. The hypertrophy of state political action is the reflection of the fundamental interest of the community which is identified here, without residue, with the right to life which, in the current constitutional system, is an integral part of the personalist principle.



# Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica

di Dario Capotorto

SOMMARIO: 1. Premesse: le opportunità economiche per le donne. – 2. Gli obiettivi di giustizia distributiva nel PNRR – 3. I nuovi strumenti dello Stato consumatore per promuovere le pari opportunità di genere e generazionali nell'era post pandemica. – 4. La compatibilità con il diritto europeo e le esperienze degli altri Stati membri. – 5. La dottrina dell'*affirmative action* e il dilemma regolatorio quando non c'è lavoro per tutti. – 6. Il rapporto antinomico con le clausole sociali di stabilità occupazionale. – 7. Conclusioni: la regolazione attuativa e i futuri sviluppi.

## 1. *Premesse: le opportunità economiche per le donne*

L'emergenza pandemica ha determinato una contrazione delle economie e un generale innalzamento del tasso di disoccupazione, acuendo problemi endemici del contesto domestico.

Le scarse opportunità offerte dal mercato (pubblico e privato) e l'allarmante crescita del tasso di giovani non impegnati nello studio, nella formazione e nel lavoro (*Neet – Neither in Employment nor in Education or Training*) hanno ulteriormente compromesso la mobilità sociale. Gli studi del *World Economic Forum*<sup>1</sup> collocano il nostro paese al 34° posto del *ranking* sulla mobilità sociale stilato nel 2020, in coda ai principali paesi industrializzati.

Le misure di contenimento del *Covid* hanno ulteriormente colpito le già compromesse opportunità di lavoro e di carriera soprattutto per le donne, accrescendo il *gender gap*<sup>2</sup>.

La chiusura delle scuole e la generale riduzione dell'offerta di servizi educativi durante il periodo di *lock down* hanno determinato ulteriori oneri iniqui

---

<sup>1</sup> Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM, *The Global Social Mobility Report 2020 Equality, Opportunity and a New Economic Imperative*, 2020.

<sup>2</sup> Sul punto si v. F. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 65. Secondo l'A. il divario di genere si è ulteriormente acuito proprio con il diffondersi della pandemia che: “sta addossando sulle lavoratrici madri un ulteriore fardello da non sottovalutare e, cioè, quello legato al diffondersi del lavoro da remoto. Quest'ultimo, infatti, sembra avere molta attrattiva sulle donne in quanto permette una conciliazione tra le esigenze professionali e quelle familiari maggiore rispetto al lavoro standard. Non si può dunque sottacere la preoccupazione che tale modalità di lavoro (che sta in effetti interessando più il genere femminile che quello maschile), finisca paradossalmente per favorire il modello tradizionale di divisione dei compiti di cura genitoriale cd. *male-breadwinner/female-caregiver*”.

nell'ambito della gestione familiare, con effetti deteriori sui livelli di occupazione femminile che, secondo alcune fonti, sarebbero stati enormemente più accentuati in Italia rispetto alla media UE<sup>3</sup>.

Anche prima della pandemia, la disegualianza di genere nelle capacità economiche si presentava come una emergenza sociale<sup>4</sup>, puntualmente rilevata dagli studi convergenti dell'ONU<sup>5</sup> e del *World Economic Forum*<sup>6</sup>.

Nel *Global Gender Gap Report 2021* (su dati del 2020) l'Italia è collocata al 114° posto della classifica stilata con riferimento alle opportunità di partecipazione delle donne all'economia. I bassi livelli di occupazione femminile, le scarse opportunità di carriera e il perdurante divario salariale a parità di mansioni sono le cause principali dell'arretratezza che connota l'economia domestica<sup>7</sup>.

V'è da dire che anche i paesi che si collocano ai primi posti della classifica sono ancora ben lontani dall'aver neutralizzato le disegualianze di genere, che continuano a resistere anche se in forme meno accentuate<sup>8</sup>.

In tutto il mondo, anche nelle Nazioni in cui il *gender gap* è meno profondo, il bisogno di cura delle persone non autosufficienti continua a essere distribuito in modo diseguale, con carichi iniqui che meritano misure di bilanciamento coerenti con una visione condivisa di giustizia distributiva.

La filosofa Martha Craven Nussbaum, ripercorrendo le tesi classiche sui temi della giustizia distributiva, è partita dalla constatazione per cui in ogni parte del mondo la cura delle persone non autosufficienti gravi in misura prevalente sulle donne. Il lavoro di assistenza e sostegno ai bambini e agli anziani viene per

<sup>3</sup> Notizia riportata dall'agenzia ANSA nel comunicato del 6 marzo 2021 "Il Covid taglia in Italia il lavoro delle donne il doppio che nella UE".

<sup>4</sup> La bibliografia sul divario retributivo è sterminata. Ci si limiterà quindi ad alcune citazioni essenziali, senza alcuna pretesa di completezza. Per un inquadramento d'insieme della questione si v. I.C. MAGGIO, *Il divieto di discriminazione delle lavoratrici madri. una rassegna della più recente giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 966; A. SIMONATI, *La costituzione «dimenticata» la parità di genere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 9; M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020; *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva*, a cura di D. GOTTARDI, M. PERUZZI, Torino, 2017; M. PERUZZI, *La parità retributiva di genere nello specchio della decentralizzazione contrattuale. Problemi e soluzioni in una prospettiva di analisi comparata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 241; V. SORCI, R. ZUCARO, *Il gender gap: l'analisi del World Economic Forum*, in *Dir. relaz. ind.*, 2014, 300; A. DONÀ, *Genere e politiche pubbliche: introduzione alle pari opportunità*, Torino, 2007.

<sup>5</sup> Cfr. il monitoraggio annuale degli *Human Development Reports* del Programma di sviluppo delle Nazioni Unite che da più di trent'anni misura una serie di indici di sviluppo, recentemente aggiornati alla necessità di tener conto dei gravi problemi di disegualianza di genere che colpiscono anche le nazioni più avanzate, pur con gradazioni meno accentuate.

<sup>6</sup> Cfr. *Global Gender Gap Report 2021*.

<sup>7</sup> Per la comparazione con gli Stati membri dell'Unione europea, cfr. [ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/equal-pay/gender-pay-gap-situation-eu\\_it](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/equal-pay/gender-pay-gap-situation-eu_it).

<sup>8</sup> Cfr. Y. SCANNELL, *Sviluppi e problemi Gender Equality in Ireland*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, Padova, 2017, 59; M.A.T. LOPEZ, *La cuestión de género en la administración pública española*, *ivi*, 173.

lo più svolto senza remunerazione e senza che venga riconosciuto che si tratta di lavoro vero e proprio<sup>9</sup>, con gravi ricadute in tutte le funzioni della vita, a partire da quelle afferenti alle capacità economiche. Su queste basi si è costruita una serrata critica alle teorie contrattualistiche di matrice liberale<sup>10</sup> basate sull'assunto che tutti i contraenti siano liberi, uguali e indipendenti, senza tener conto del problema delle cure di quanti si trovino in una condizione di dipendenza<sup>11</sup>.

E una teoria della giustizia, anche in chiave liberale, non può prescindere dal problema della cura e della dipendenza, a meno di non voler aderire alle riflessioni più brutali per cui solo la produttività – potenziale (si pensi ai bambini), presente (si pensi a chi ha una condizione di dipendenza meramente temporanea) o passata (gli anziani) – può giustificare forme di sostegno a carico della collettività; legittimando, per converso, l'abbandono di quanti non hanno pagato o non potranno pagare per le loro cure<sup>12</sup>.

Ebbene, il tema non solo non è stato affrontato efficacemente, ma si è addirittura aggravato per gli effetti sociali ed economici della pandemia.

Si è anche notato come la permanenza del *gap* appaia ingiustificabile in termini meritocratici a fronte dei risultati ottenuti dalle donne nello studio, mediamente più brillanti di quelli degli uomini<sup>13</sup>.

Dunque oggi, ancor più di ieri, si pone un problema di giustizia sociale, di equa distribuzione delle opportunità economiche e degli oneri che vanno altrettanto equamente ripartiti<sup>14</sup>. Un problema che le più recenti riforme prova-

<sup>9</sup> Cfr. M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2019, 110.

<sup>10</sup> In particolare quelle di John Rawls e John Locke. Cfr. J. RAWLS, *A theory of justice*, in *Harvard University Press*, 1971; trad. It. *Una teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETTONE, Milano, 1982; J. LOCKE, *Second Treatise of Government* (1690), in *Locke's Two Treatises of Government*, a cura di P. LASLETT, Cambridge, 1967.

<sup>11</sup> Cfr. M. C. NUSSBAUM, *The Future of Feminist Liberalism*, in *Proceedings and Adresses of the American Philosophic Association*, U.S.A., 2000, 47.

<sup>12</sup> Cfr. M. C. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*, 114.

<sup>13</sup> A. SIMONATI, *La Costituzione «dimenticata» la parità di genere*, cit., 9.

<sup>14</sup> Tra le più recenti e brillanti definizioni della nozione di giustizia sociale si segnala T. HONORÉ, *Giustizia sociale*, in *L'ideale di giustizia, da John Rawls a oggi*, a cura di M. RICCIARDI, Milano, 2010, 192: "Ritengo che il principio della giustizia sociale si possa articolare in due proposizioni. La prima è che tutti i membri della stessa comunità hanno una pretesa a partecipare ai vantaggi che generalmente si desiderano e che contribuiscono al benessere in modo tale da assicurare a ciascuno una quota eguale dei vantaggi complessivi. Per vantaggi intendo qualsiasi cosa di cui c'è bisogno (vita, salute, cibo, casa, vestiti, istruzione, arte, spazio, svago, prendere parte a processi decisionali) per una vita piena compatibilmente con le circostanze e le risorse [...] La seconda parte del principio della giustizia sociale è espressa dalla proposizione secondo cui c'è un limitato insieme di fattori che possono giustificare l'allontanamento dal principio dell'uguale vantaggio contenuto nella prima proposizione" (200). "Il terzo principio di giustizia equivale a un adattamento della giustizia distributiva di Aristotele. Secondo questo principio, le persone hanno diritto o meritano di essere ricompensate in base alla loro prestazione, al modo in cui agiscono. In alcune circostanze,

no ad affrontare con soluzioni innovative, che meritano di essere attentamente analizzate.

## 2. *Gli obiettivi di giustizia distributiva nel PNRR*

I temi della giustizia distributiva e delle pari opportunità hanno assunto valenza centrale nella normativa di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)<sup>15</sup> e del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC), inseriti nel più vasto programma europeo *Next Generation EU*<sup>16</sup> con lo stanziamento di ingenti risorse a sostegno delle economie degli Stati membri.

L'art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito, con modificazioni, in legge 29 luglio 2021, n. 108), in particolare, reca innovative previsioni in tema di "*Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC*".

---

si possono prendere in considerazione le prestazioni passate e future. Benché ci siano filosofi che credono che non meritiamo nulla, saremmo poco saggi se rinunciassimo alla nozione secondo cui meritiamo di essere giudicati in base alle nostre prestazioni, anche se fosse psicologicamente possibile farlo. Il principio del merito, quando è applicato alla prestazione, è un forte incentivo a realizzare buone prestazioni".

<sup>15</sup> Il documento del PNRR è consultabile su [www.governo.it](http://www.governo.it). Sui problemi posti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza anche in termini di adeguatezza dell'organizzazione amministrativa cfr. A. MURATORI, *il PNRR italiano all'esame della Commissione europea: le novità della "versione Draghi"*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2021, 417; F. FRACCHIA, F. GOISIS, M. OCCHIENA, M. ALLENA, P. PANTALONE, S. VERNICE, *La transizione amministrativa*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it), 2021; AA.VV., *Disuguaglianza territoriale insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, *ivi*, 2021; G. TROPEA, *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità?*, *ivi*, 2021; D. IMMORDINO, *"Recovery plan"? Sostegno allo sviluppo ed equilibrio finanziario con il "tesoro" dei lavori pubblici*, in *Appalti e Contratti*, 2020, 15-20. Per un'analitica descrizione della dimensione economica degli investimenti in gioco cfr. L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa e il sud*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 200-201, che precisa al riguardo: "Il programma più importante dello strumento, dotato di 750 miliardi di euro (di cui 390 miliardi per sovvenzioni e 360 miliardi per prestiti), è costituito dal Piano per la ripresa e la resilienza, che mette a disposizione 672,5 miliardi di euro (di cui 312,5 miliardi in sussidi e 360 miliardi in prestiti). Secondo le stime, le risorse complessive che confluirebbero nel nostro Paese ammontano a 208,6 miliardi di euro (di cui 127,6 miliardi di euro a titolo di prestiti e 81 miliardi di euro sotto forma di sovvenzioni). Il totale dei sussidi sarà calcolato in due rate, pari rispettivamente al 70 per cento e al 30 per cento del totale. La prima rata dovrà essere impegnata negli anni 2021 e 2022 e calcolata sulla base di parametri quali la popolazione, il PIL pro capite, il tasso di disoccupazione nel periodo 2015-2019; la seconda, invece, dovrà essere impegnata entro la fine del 2023 e sarà calcolata nel 2022, facendo riferimento ai criteri della perdita del PIL reale osservata nell'arco del 2020 e della perdita cumulativa del PIL reale nel periodo 2020-2021. A seguito dell'approvazione del Piano, sarà possibile chiedere un prefinanziamento pari al 13% già nel 2021".

<sup>16</sup> *The Recovery and Resilience Plan: Next Generation Italia* su [mef.gov.it/en/focus/The-Recovery-and-Resilience-Plan-Next-Generation-Italia/](http://mef.gov.it/en/focus/The-Recovery-and-Resilience-Plan-Next-Generation-Italia/). In tema si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma della pubblica amministrazione nel quadro del "Recovery Fund"*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it), 2021; L. TORCHIA, *L'Amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, *ivi*, 2021.

La rubrica della norma fotografa l'ambizioso scopo dell'intervento: utilizzare la leva degli investimenti pubblici per indurre le imprese a modificare le politiche del lavoro. Si incentivano le aziende a innovare le procedure di reclutamento, le logiche di avanzamento nelle carriere e a investire in forme di organizzazione del lavoro che ne migliorino le possibilità di conciliazione con le esigenze di cura e di vita. Ciò nell'ottica di ridurre il divario di genere<sup>17</sup> e le difficoltà di inserimento lavorativo dei giovani, oltretutto dei disabili (categoria inizialmente trascurata nel decreto legge e inclusa solo in sede di conversione in legge).

Si prova dunque a impiegare la contrattualistica pubblica come strumento di correzione delle forme di iniqua distribuzione dei beni, intesi non solo come risorse e utilità, ma anche come opportunità<sup>18</sup>; si cerca, in altri termini, di incidere sulle diseguaglianze, viste come elementi che minano la pace e la coesione sociale.

La norma si inserisce a pieno titolo, ed è forse una delle manifestazioni più avanzate, nel progressivo processo che abbiamo definito di arricchimento assiologico della contrattualistica pubblica<sup>19</sup>.

Lo Stato, nella sua veste di imponente consumatore, abbandona l'approccio liberale, mirato a conseguire il proprio benessere individuale (in termini di miglior rapporto qualità/prezzo del bene che acquista o dei lavori o servizi di cui si approvvigiona) per seguire il paradigma del consumatore progressista, che

---

<sup>17</sup> Sul tema si v. P. B. HELZEN, *L'identità di genere tra squilibri e parità*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, cit., a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, 1; R. CARIDÀ, *Il principio di pari opportunità tra Costituzione, norme ordinarie e giurisprudenza. La disciplina costituzionale e le azioni positive*, *ivi*, 19.

<sup>18</sup> Come ha ben chiarito C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 90.

<sup>19</sup> Per una più ampia descrizione della citata tendenza sia consentito rinviare a cfr. D. CAPOTORTO, *Lo Stato consumatore e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, 161; F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, Firenze, 2017. Sulle disfunzioni correlate cfr. S. VINTI, *Il naufragio della presunzione di innocenza*, in *Riv. trim. app.*, 2021, 26. L'A. in particolare auspica un processo inverso e nota che "liberare la disciplina dei pubblici affidamenti dall'esigenza di perseguire obiettivi ad essa collaterali, se non addirittura estranei, non solo comporterebbe vantaggi funzionali rispetto agli obiettivi primari che la disciplina di settore deve assicurare, ma risponderebbe ad una esigenza logico sistematica". Inoltre degno di nota anche il recente utilizzo della contrattazione pubblica per la tutela dell'ambiente; sul punto si v. F. FRACCHIA, S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, 4; C. FELIZIANI, *I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2017, 349; ID., *Gli appalti verdi: un istituto "estraneo" al T.U. dell'ambiente*, in [www.aidambiente.it](http://www.aidambiente.it); AA.VV., *Gli appalti verdi. Atti del convegno "Il Testo Unico dell'ambiente a due anni dalla sua approvazione"*, *ivi*, 2016; G. FIDONE, F. MANTALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2016, 7; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2012, 819; A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, 95, 2018, 157.

cerca di migliorare il mondo orientando eticamente le proprie scelte di acquisto, anche a discapito dell'economia domestica.

In Europa le politiche afferenti al *socially responsible public procurement* (SRPP) sono state già ampiamente sperimentate, pur con metodi e obiettivi divergenti<sup>20</sup>.

Molti paesi, come la Spagna, l'Austria, la Svezia e il Regno Unito hanno lasciato ampia libertà alle stazioni appaltanti di definire strategie e clausole; altri, come la Francia e i Paesi Bassi, invece, hanno optato per soluzioni parzialmente vincolanti, per lo più mirate a favorire l'inserimento lavorativo nelle varie categorie a rischio di esclusione<sup>21</sup>. L'esperienza domestica si è sinora prevalentemente focalizzata sulle esigenze di stabilità occupazionale, sul rispetto dei minimi salariali e degli obblighi contributivi riconosciuti nei CCNL e in generale sul rispetto degli *standard* imposti da altre norme anche in tema di sicurezza del lavoro.

Le nuove norme, invece, ampliano l'orizzonte e guardano principalmente alla lotta alle discriminazioni di genere<sup>22</sup>, al miglioramento delle condizioni di lavoro (anche oltre gli standard obbligatori) e al ricambio generazionale. Delineato sinteticamente il *télos*, occorre ora esaminare i congegni introdotti per saggiarne l'impatto sulle esigenze di semplificazione, ampiamente richiamate nell'articolato normativo enfaticamente ribattezzato come "decreto semplificazioni *bis*".

---

<sup>20</sup> Sul tema del *sustainable and socially responsible public procurement* è d'obbligo il richiamo allo studio *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, a cura di R. CARANTA, M. TRYBUS, 2010, ove vengono esaminate e attentamente comparate le esperienze della Danimarca, Francia, Germania, Polonia, Romania Spagna e Regno Unito, oltre all'Italia. Lo studio evidenzia un forte grado di eterogeneità nelle politiche di attuazione delle previgenti Dir. UE 2004/18 e Dir. UE 2004/17 e individua due modelli agli antipodi. Il Regno Unito, da un lato, sembra fortemente guidato dalla necessità di garantire in ogni caso il *value for money* e ammette la rilevanza delle considerazioni sociali (e ambientali) solo ove armoniche col primo e con le esigenze di tutela della concorrenza. Sul versante opposto si pone la Spagna per la forte predominanza dei criteri di sostenibilità sociale (ed ambientale) sugli altri valori in gioco nella contrattualistica pubblica. In questo senso cfr. M.E. COMBA, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in *op. ult. cit.*, 319; A. F. ZUMBINI, *Gli equilibri di genere nella normativa europea*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, cit., a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, 137. Tra gli studi più recenti sull'uso strategico degli Appalti pubblici si segnalano: OECD (2019), *Reforming Public Procurement: Progress in Implementing the 2015 OECD Recommendation*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, [www.doi.org/10.1787/1de41738-en](http://www.doi.org/10.1787/1de41738-en); PWC, *Study on "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies"*, Final report, 2015, DG GROW, [www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1](http://www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1).

<sup>21</sup> Cfr. PWC, *Study on "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies"*, Final report, 2015, DG GROW, [www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1](http://www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1).

<sup>22</sup> S. VERNILE, *Equilibri di genere nelle pubbliche amministrazioni, nelle società pubbliche e nei collegi professionali*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, cit., a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, 89.

### 3. *I nuovi strumenti dello Stato consumatore per promuovere le pari opportunità di genere e generazionali nell'era post pandemica*

Le misure compensative indicate nella norma, pur se caratterizzate da obiettivi ben identificabili, sono eterogenee e continuano a riconoscere ampi margini di autonomia (*rectius*: discrezionalità) alle stazioni appaltanti, chiamate a gestire autonomamente le procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici finanziati con i fondi del PNRR e del PNC.

Con il soddisfacimento di uno specifico onere motivazionale le amministrazioni possono esonerare le imprese anche dall'obbligo più stringente imposto dall'art. 47 citato, vale a dire: quello di assumere l'impegno a riservare alle donne e ai giovani (con meno di trentasei anni) una quota almeno pari al trenta per cento delle nuove assunzioni occorrenti per l'esecuzione della commessa (o per la realizzazione delle attività correlate).

Le stazioni appaltanti sono espressamente abilitate a inserire ulteriori misure premiali, in termini di punteggio aggiuntivo da assegnare in sede di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con riguardo a una serie di parametri "*socially oriented*".

In particolare, potranno attribuire un punteggio premiale ai concorrenti che:

- si impegnino ad assumere donne e giovani e/o persone disabili per una quota ulteriore rispetto a quella minima del trenta per cento;
- dimostrino di utilizzare o si impegnino a utilizzare per l'esecuzione della commessa specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;
- abbiano rispettato nell'ultimo triennio i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
- abbiano rispettato nell'ultimo triennio gli obblighi in materia di assunzioni in favore delle persone con forme di disabilità *ex l.* 12 marzo 1999, n. 68;
- nel triennio precedente, non risultino destinatari di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori (per motivi sessuali, razziali, etnici, nazionali, religiosi, o legati a convincimenti personali, all'orientamento sessuale, all'età o a ad altre forme di diversità)<sup>23</sup>;

---

<sup>23</sup> Così come previsti e disciplinati dall'art. 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (in tema di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi), dall'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 (in tema di principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale), dall'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, dall'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), dagli articoli 35

- abbiano presentato o si impegnino a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario, cd. bilancio sociale di impresa, ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254.

Dunque, i parametri che le amministrazioni possono utilizzare sono vari e non vengono predeterminati pesi o sub pesi; sarà la singola stazione appaltante a scegliere, di volta in volta, se inserire nella *lex specialis* uno o più di questi criteri e a decidere quanto peso attribuire loro in termini di punteggio premiale.

Inoltre, buona parte dei meccanismi di attuazione vengono lasciati alla definizione di formule e metodi che dovranno essere individuate sulla scorta di valutazioni ampiamente discrezionali.

A fronte, dunque, di un'ampia flessibilità nella definizione delle clausole e delle misure da adottare si fissano, viceversa, degli obblighi informativi a carico degli operatori economici stringenti, con nuovi oneri amministrativi sanzionati con misure di dubbia proporzionalità.

Per le aziende che occupano oltre cento dipendenti si fissa l'obbligo inderogabile, a pena di esclusione dalla procedura selettiva, di trasmettere al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara copia dell'ultimo rapporto sulla situazione del personale redatto ai sensi dell'art. 46 del Codice delle pari opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), corredato da tutte le informazioni prescritte sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta, nel rispetto delle indicazioni rese dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali<sup>24</sup>.

Analoghi obblighi informativi vengono estesi anche alle aziende che occupano tra i quindici e i cento dipendenti<sup>25</sup>.

Per le aziende comprese in questo secondo insieme è solo l'aggiudicazione della commessa che fa sorgere l'obbligo di redigere il rapporto di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 198/2016, nonché quello di produrre la documentazione attestante il rispetto degli obblighi in tema di lavoro dei disabili *ex l. n. 68/1999*<sup>26</sup>. L'elabo-

---

e 55-*quinqües* del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità uomo donna) e infine dall'articolo 54 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità).

<sup>24</sup> Cfr. d.m. 3 maggio 2018, pubblicato nel sito internet del Ministero del lavoro e delle politiche sociale, recante "Rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile" contenente le istruzioni operative e la modulistica per l'assolvimento degli obblighi citati.

<sup>25</sup> Cfr. art. 47, comma 3, d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

<sup>26</sup> Ai sensi dell'art. 47, comma 3-*bis*, d.l. n. 77/2021, dovrà essere trasmessa la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni e provvedimenti disposti a loro carico

razione e produzione della citata documentazione, mediante la trasmissione alla stazione appaltante e alle rappresentanze sindacali (oltretutto alla consigliera e al consigliere regionale di parità), dovrà avvenire nel rispetto del termine di sei mesi dalla conclusione del contratto di appalto, pena l'applicazione di uno specifico apparato sanzionatorio<sup>27</sup>.

Il sensibile incremento di oneri informativi<sup>28</sup> a carico delle imprese, anche di piccole e medie dimensioni, si pone certamente in distonia con le esigenze di semplificazioni che pure hanno ispirato la riforma.

Si tratta, tuttavia, di oneri indispensabili soprattutto per operare dei controlli efficaci sull'effettivo adempimento degli obblighi di assunzione di personale appartenente alle categorie che si è inteso promuovere e per garantire l'effettivo rafforzamento degli strumenti di *enforcement* a corredo delle preesistenti norme a tutela delle persone disabili e svantaggiate<sup>29</sup>.

#### 4. *La compatibilità con il diritto europeo e le esperienze degli altri Stati membri*

Occorre innanzitutto chiedersi se la scelta di focalizzare i criteri di aggiudicazioni su profili non strettamente efficientistici (di miglior rapporto qualità prezzo del prodotto finale garantito al committente pubblico) sia compatibile con le stringenti indicazioni del diritto europeo in materia di appalti<sup>30</sup>.

---

nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte. La relazione di cui al presente comma è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali.

<sup>27</sup> Ai sensi dell'art. 47, comma 6, d.l. n. 77/2021: "I contratti di appalto prevedono l'applicazione di penali per l'inadempimento dell'appaltatore agli obblighi di cui al comma 3, al comma 3 bis ovvero del comma 4, commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto, nel rispetto dell'importo complessivo previsto dall'articolo 51 del presente decreto. La violazione dell'obbligo di cui al comma 3 determina, altresì, l'impossibilità per l'operatore economico di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi ad ulteriori procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse di cui al comma 1".

<sup>28</sup> Ulteriormente accentuati dagli obblighi di pubblicazione fissati dal comma 9 dell'art. 47 d.l. n. 77/2021, che prescrive che tutti i rapporti e le relazioni previste dai commi 2, 3 e 3 bis siano pubblicati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e comunicati alla Presidenza del consiglio dei ministri ovvero ai Ministri o alle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale.

<sup>29</sup> Sui preesistenti istituti di promozione previsti dal Codice dei contratti pubblici e per un'ampia disamina della normativa speciale sugli appalti e concessioni riservati ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 cfr. *Gli appalti di servizi sociali e l'affidamento alle cooperative sociali di inserimento lavorativo. Cosa cambia dopo il Correttivo e le Linee guida ANAC*, a cura di L. GALLO, P. MORO, Santarcangelo di Romagna, 2018.

<sup>30</sup> Sulla "compenetrazione" tra diritto europeo e diritto interno, con specifico riguardo

Le coordinate con cui orientarsi sono profondamente mutate nell'ultimo decennio.

I contratti pubblici sono divenuti, infatti, uno strumento prezioso per l'attuazione delle politiche di inclusione sociale già nella Strategia Europa 2020, finalizzata ad armonizzare le esigenze di crescita e di occupazione. In particolare, l'art. 70, Dir. 2014/24/UE e l'art. 87, Dir. 2014/25/UE hanno esteso la possibilità di introdurre "condizioni particolari" legate a esigenze sociali e occupazionali<sup>31</sup>.

Il considerando 98 della dir. 2014/24/UE in termini più espliciti ha toccato il tema della parità di genere chiarendo che: "le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione fra lavoro e vita privata".

L'ampia libertà riconosciuta agli Stati membri dalle ultime direttive ha favorito il diffondersi di pratiche orientate al miglioramento delle condizioni di lavoro anche in termini di riduzione del tasso di disoccupazione e di

---

alle profonde trasformazioni subite in ragione di ciò dal diritto amministrativo in generale e dal settore degli appalti pubblici in particolare, si vedano, su tutti, S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX secolo al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2002, 27; ID., *L'Unione Europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 990; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 858; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, 114; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, 91. Sui grandi temi posti dalle direttive europee in materia di appalti cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127. Per quanto riguarda, più in particolare, le Dir. 2014/23/UE, Dir. 2014/24/UE e Dir. 2014/25/UE alla vigilia della loro attuazione cfr. i contributi di C. LACAVA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni – Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1141; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni – Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1135; R. CARANTA, D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 493 ss.; P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb. e app.*, 2015, 129.

<sup>31</sup> Sulle implicazioni delle nuove direttive rispetto al tema dell'impiego strategico degli appalti pubblici cfr. M.E. COMBA, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in *Modernising Public Procurement: the new Directive*, F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER, Copenhagen, 2014, 29. Sul tema cfr. anche i saggi raccolti in R. CARANTA, M. TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurements in Europe*, cit. e l'ulteriore analisi di R. CARANTA, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *Common Market Law Review*, 2015, 391. In tema cfr. anche *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. MARZUOLI, S. TORRICELLI, Napoli, 2017.

lotta alle diseguaglianze e alle forme di discriminazione (di genere, anagrafiche, etniche).

La Spagna e la Francia si sono attivate da tempo e sembrano i Paesi dell'UE più attivi su questo fronte.

Il Governo regionale di Castiglia e León<sup>32</sup> ha dettato linee guida vincolanti per l'inserimento di clausole sociali nell'ambito dei contratti pubblici siglati dagli enti locali, il Governo della Catalogna ha adottato un accordo quadro per promuovere l'SRPP nel campo dei servizi di pulizia e molti enti locali hanno avviato sperimentazioni in vari settori, tutte menzionate tra le migliori pratiche di SRPP in un recente studio della Commissione UE<sup>33</sup>. Tra le buone pratiche individuate dalla Commissione UE vengono segnalate le esperienze maturate dalle città di Madrid<sup>34</sup>, Girona<sup>35</sup>, Salamanca<sup>36</sup> e Valladolid<sup>37</sup>. Quest'ultima ha imposto che tutti i contratti pubblici debbano mirare al raggiungimento di almeno due obiettivi tra quelli qui di seguito elencati:

- combattere la disoccupazione tra i gruppi con maggiori difficoltà di accesso

---

<sup>32</sup> Cfr. *Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León*, in *Boletín Oficial de Castilla y León – BOCYL* n. 142/2016, 34770.

<sup>33</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, May 2020, 14, 56, 101, 208.

<sup>34</sup> La città di Madrid con decreto del 19 gennaio 2016 ha imposto l'inserimento di clausole sociali nell'ambito dei contratti per l'affidamento di servizi di mensa e di catering, finalizzate a promuovere l'impiego di prodotti provenienti dal commercio equo e solidale.

<sup>35</sup> La città di Girona ha adottato nel 2014 un protocollo relativo all'aggiudicazione di appalti di servizi nei settori del giardinaggio, delle pulizie e della gestione dei rifiuti, reperibile *on line*: [www.girona.cat/portal/dades/web/doc/PROTOCOL\\_PER\\_LA\\_CONTRACTACIO\\_RESPONSABLE.pdf](http://www.girona.cat/portal/dades/web/doc/PROTOCOL_PER_LA_CONTRACTACIO_RESPONSABLE.pdf). Nel protocollo si prevede, *inter alia*, l'inserimento di criteri di aggiudicazione che premiano l'impiego di maggiori quote di lavoratori lontani dal mercato del lavoro con difficoltà di inserimento, meglio definite nell'art. 6 del protocollo in cui si includono le seguenti categorie: – *Persones perceptores de renda mínima dinserció*; – *Persones amb discapacitat reconeguda igual o superior al 33%. Sempre que sigui possible i de forma preferent es contractaran persones amb paràlisi cerebral, persones amb trastorn mental o amb discapacitat intel·lectual amb un grau de discapacitat reconeguda igual o superior al 33%; i persones amb discapacitat física o sensorial amb un grau de discapacitat reconeguda igual o superior al 65%. Dones víctimes de la violència de gènere (física o psíquica) i persones víctimes de violència domèstica. – Joves majors de setze anys i menors de trenta provinents d'institucions de protecció de menors; – Persones internes de centres penitenciaris la situació de les quals els permeti accedir a una ocupació, persones en llibertat condicional i persones exrecluses durant els 12 mesos posteriors a la seva sortida; – Persones amb problemes de drogoaddicció o alcoholisme que es trobin en procés de rehabilitació i reinserció social; – Persones vulnerables que no puguin accedir a la renda mínima dinserció, però que es trobin en risc d'exclusió social per condicions laborals precàries, desocupació o pobresa; – Persones aturades de llarga durada (2 anys o més), majors de quaranta-cinc anys.*

<sup>36</sup> Pratica relativa all'affidamento di servizi di giardinaggio aggiudicati con criteri che valorizzano proposte per migliorare il giusto equilibrio tra vita privata e lavoro, combattere il *gender gap* e garantire la continua formazione degli addetti.

<sup>37</sup> La città di Valladolid ha dettato per le medesime finalità le Istruzioni n. 1/2018, reperibili *on line*: [www.valladolid.es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficaz](http://www.valladolid.es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficaz). *ficheros/475710-INSTRUCCIONContrataci%C3%B3n%20eficiente%20y%20estrat%C3%A9gica.docx.pdf*.

al mercato del lavoro, in particolare donne, giovani, persone con più di 45 anni e disoccupati di lunga durata;

- promuovere l'inserimento nel mondo del lavoro di persone in una situazione (o a rischio) di esclusione sociale e di persone con particolari difficoltà di accesso al lavoro (persone con disabilità e non solo);
- eliminare le disuguaglianze di genere, prestando particolare attenzione alla parità salariale, all'equilibrio tra lavoro e vita privata e alle persone LGBT, oltre all'eliminazione di misure sessiste nel *dress code* imposto ai lavoratori;
- assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori in tutta la catena di produzione, promuovere il commercio equo e solidale e una maggiore trasparenza e tracciabilità dell'intera filiera.

Gli obiettivi appena menzionati racchiudono efficacemente le finalità perseguite nella stragrande maggioranza delle esperienze esaminate in Spagna, dove pure si registra un vivace dibattito giurisprudenziale. Non sono mancate, infatti, oscillazioni e incertezze interpretative sul perimetro di legittimità delle varie clausole sociali sperimentate nell'ambito della *contratación pública estratégica* nel difficile equilibrio con i principi di *concurrentia, igualdad y competencia*<sup>38</sup>.

Anche in Francia si è registrato un grande fermento attorno al *socially responsible public procurement* (SRPP)<sup>39</sup>, anche grazie alla creazione di una rete di facilitatori col compito di promuovere l'impiego di clausole sociali tarate sulle esigenze degli specifici contesti territoriali. In alcuni comuni sono stati istituiti sportelli unici per agevolare l'inserimento di questo genere di previsioni in tutti i contratti pubblici di valore rilevante<sup>40</sup>.

La guida de *l'Observatoire économique de la commande publique* (OECB)<sup>41</sup> raccomanda l'impiego di clausole che perseguano almeno uno di questi obiettivi: l'inserimento di persone da lungo tempo disoccupate; la riserva di ore di lavoro a persone in difficoltà (disabili o giovani con un basso livello di istruzione); l'attivazione di corsi di formazione a beneficio del personale impiegato.

Dunque, anche in Francia i principali obiettivi delle politiche sociali integrate nell'approvvigionamento di beni, servizi e lavori pubblici sono legati all'inserimento di persone a rischio di esclusione.

<sup>38</sup> Per un'ampia rassegna della giurisprudenza su questi temi cfr. F. BLANCO LOPEZ, *La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica*, in *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2018, 139.

<sup>39</sup> Per un'analisi della disciplina normativa delle clausole sociali in Francia cfr. G. BARBERIS, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1351.

<sup>40</sup> Esperienze di questo tipo sono state avviate dal *Grand Paris Sud Est Avenir* (GPSEA) e dal Comune di La Rochelle.

<sup>41</sup> OECB, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, 2018, in [www.economie.gouv.fr/daj/observatoire-economique-commande-publique](http://www.economie.gouv.fr/daj/observatoire-economique-commande-publique).

Le politiche di promozione si concentrano sempre sull'inserimento lavorativo di persone a rischio di esclusione anche nelle migliori esperienze della Danimarca<sup>42</sup>, della Finlandia<sup>43</sup>, della Svezia<sup>44</sup>, della Polonia<sup>45</sup> e dell'Irlanda<sup>46</sup>.

Dunque, le nuove misure introdotte nel contesto domestico con il d.l. n. 77/2021, soprattutto quelle a tutela del genere sottorappresentato, non sembrano creare particolari tensioni con il diritto europeo e avvicinano la normativa nazionale all'esperienza di altri paesi europei, che già da alcuni anni hanno indirizzato la contrattualistica pubblica verso temi di equità sociale e di genere.

Analogamente, non sembrano profilarsi attriti neppure rispetto alle politiche di genere in grado di produrre forme di disuguaglianza rispetto alla fruizione dei diritti.

L'art. 23 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>47</sup> usa al riguardo una formula estremamente ampia, stabilendo che la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione e che il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.

##### 5. *La dottrina dell'affirmative action e il dilemma regolatorio quando non c'è lavoro per tutti*

Se l'analisi precedente non ha fatto emergere particolari tensioni con il diritto europeo, occorre tuttavia un'ulteriore riflessione sulle misure introdotte, coraggiose ma pur sempre discriminatorie, che incidendo su diritti e valori di rango primario sollevano dilemmi non solo etici e sociali ma anche di compatibilità costituzionale.

La tecnica impiegata nell'intervento finalizzato al riequilibrio della giustizia sociale si colloca nel solco delle cc.dd. discriminazioni positive o azioni positive (*affirmative action*), atte a promuovere la partecipazione di persone con certe

---

<sup>42</sup> Cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 29.

<sup>43</sup> Ove si è avviato un sistema di *social impact bond* (SIB) per finanziare investimenti sulla formazione di immigrati per favorirne l'inserimento nel mondo del lavoro. Il sistema poggia sull'aspettativa di maggiori entrate fiscali generate dalle imposte applicate sul reddito delle persone ammesse ai programmi finanziati con fondi privati. Per la descrizione del sistema cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 113.

<sup>44</sup> Cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 169.

<sup>45</sup> Cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 172.

<sup>46</sup> Cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 191.

<sup>47</sup> Approvata a Nizza nel dicembre 2000 e poi recepita nel progetto di Costituzione per l'Europa.

identità sessuali, etniche o di altro tipo, in contesti in cui le stesse sono sotto-rappresentate o minoritarie. Una tecnica su cui la dottrina costituzionalistica ha sviluppato già ampie riflessioni<sup>48</sup> e su cui si sono sviluppati casi giudiziari che hanno scatenato un dibattito mai sopito.

Negli Stati Uniti, dove le *affirmative action* sono nate per combattere inizialmente la discriminazione razziale, da più di quarant'anni si dibatte sulle difficili questioni morali e legali sollevati dall'introduzione di queste misure.

Il nodo su cui si è addensato il dibattito negli USA è se le politiche di assunzione o di ammissione nelle università fondate sulla discriminazione positiva violino o meno la Costituzione degli Stati Uniti, ove è garantita a tutti i cittadini la stessa protezione da parte delle leggi.

Il *leading case* fu il caso Bakke del 1978, che riguardava la procedura di ammissione alla facoltà di medicina dell'Università della California, che riservava 16 posti su 100 a studenti di minoranze svantaggiate. Allan Bakke, uno studente bianco escluso, aveva invocato la violazione del XIV emendamento, perché, attraverso questa selezione, erano stati ammessi studenti neri con un punteggio inferiore al suo. La Corte Suprema accolse il ricorso, ordinando l'ammissione di Bakke, ma riconobbe, in via generale, la possibilità di introdurre programmi di azione positiva, che vennero successivamente introdotte in moltissime università americane per promuovere la molteplicità e compensare i torti del passato<sup>49</sup>.

Diversamente, nel caso Richmond v. J.A. Croson del 1989 la Corte giudicò incostituzionale la riserva del 30% dei subappalti a favore di imprese controllate da gruppi di minoranza, ritenendola non finalizzata a porre rimedio ad una specifica discriminazione del passato<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1993, 1189, e ID., *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1999, 359; C. BARBATI, *Le "azioni positive" tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1993, 176; A. CERRI, *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1999, 123, 7; E. OLIVITO, *Azioni positive e rappresentanza femminile: problematiche generali e prospettive di rilancio*, in *Pol. dir.*, 2002, 2, 23; M.V. BALLESTRERO, *Una politica e i suoi strumenti. Eguaglianza sostanziale, pari opportunità, azioni positive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 17; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, a cura di F. SPITALERI, Torino, 2014; R. NUNIN, *È legittimo un diritto diseguale? Brevi note sulle azioni positive tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Donne, politica e istituzioni*, a cura di G. PAOLIN, T. TONCHIA, Trieste, 2008, 49.

<sup>49</sup> Nel caso Bakke l'Harvard College presentò una relazione *amicus curiae* in cui si difendeva la discriminazione positiva sostenendo che la selezione degli aspiranti non potesse fondarsi solo sull'eccellenza accademica, ma dovesse tener conto della molteplicità, intesa come elemento essenziale della vitalità, del prestigio intellettuale e dell'esperienza didattica offerta dal College. Cfr. *Regents of University of California vs. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), appendice al parere del giudice Powell, 321, riportato in M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, 2010, 220. Su altri casi sempre in tema di discriminazioni positive cfr. M. ROGOFF, *La recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Diritto e Società*, 1996, 107.

<sup>50</sup> Il caso è riportato da E. PALICI DI SUNI, *Discriminazioni di sesso e discriminazioni di razza: il caso statunitense*, in [www.unito.it/centri/CIRSD](http://www.unito.it/centri/CIRSD).

Ebbene, le misure appena introdotte nell'ambito dell'attuazione del PNRR a tutela di donne e giovani pongono problemi altrettanto delicati e complessi, perché si inseriscono in un quadro in cui il tasso di disoccupazione involontaria è lungi dall'essere azzerato.

La scelta di far pesare i benefici per le categorie tutelate su altri titolari di diritti costituzionalmente garantiti produce una *reverse discrimination* che pone problemi di bilanciamento tra valori di rango costituzionale.

In una cornice costituzionale in cui il diritto al lavoro viene riconosciuto in modo universale (ma non garantito effettivamente)<sup>51</sup> e in cui l'uguaglianza formale impedirebbe discriminazioni in base al sesso o all'età, pretermettere gli uomini di età superiore ai trentacinque anni rispetto a donne e giovani fa sorgere seri dubbi di legittimità costituzionale.

Che i giovani e le donne siano categorie sottorappresentate nel mondo economico sembra indubbio. È pur vero, però, che esistono rischi di esclusione anche per uomini che abbiano superato una certa soglia di età.

Se la *ratio* delle azioni positive appena introdotte è la creazione di meccanismi che incentivino od obblighino le imprese ad assumere persone che sono a rischio di esclusione, oltre alle donne e ai giovani si sarebbe dovuto riflettere anche sull'introduzione di meccanismi a tutela di quanti abbiano difficoltà di reinserimento lavorativo sempre per ragioni di età, ma non perché acerbi, bensì perché maturi e, quindi, più costosi e/o difficili da formare o riqualificare, così come avviene in altri paesi europei.

In questa direzione si sono già mossi molti altri paesi del vecchio continente sempre nell'ambito delle misure di promozione che fanno leva sulla spesa pubblica veicolata mediante gli appalti di lavori, servizi e forniture.

In Scozia, ad esempio, con una logica generazionale antitetica rispetto alla nostra, molti enti locali impongono agli appaltatori di assicurare che almeno il 10% delle nuove assunzioni avvenga in favore di personale con più di cinquant'anni di età<sup>52</sup>, nell'ottica di tutelare le fasce della popolazione ai margini

---

<sup>51</sup> Come venne riconosciuto anche da Corte Cost. 24 aprile 1975, n. 102. I giudici rimettenti (gli allora pretori di La Spezia e Pietrasanta) sollevarono parallelamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 670 del codice penale che puniva il reato di accattonaggio. In particolare, il pretore di Pietrasanta notò come non si potesse ignorare il fatto che alla base delle cause della mendicizia si poneva la disoccupazione quale fenomeno strutturale non affrontato efficacemente dal sistema giuridico-sociale, in violazione dei principi costituzionali sanciti dall'art. 1 della Costituzione (ove si sancisce il diritto al lavoro come diritto inviolabile) e dell'art. 38 della Costituzione che imporrebbe la creazione di strutture previdenziali capaci di garantire, con tempestività, adeguate previdenze a coloro che siano inabili al lavoro e sprovvisti di mezzi necessari per vivere.

<sup>52</sup> La percentuale viene calcolata considerando tutto il personale dell'impresa e non solo quello destinato alla commessa commissionata dall'ente. In questo modo l'incentivo produce effetti su tutti i mercati i cui opera l'impresa.

del mercato del lavoro<sup>53</sup> o a rischio di definitiva esclusione. Anche Francia e Spagna hanno maturato esperienze in cui i lavoratori destinatari di misure di incentivazione veicolate mediante commesse pubbliche appartengono a fasce d'età avanzate, sulla base di parametri ancorati più coerentemente al rischio di esclusione.

Le contrattualistica pubblica può essere utilizzata anche per l'implementazione di politiche di *acting ageing*<sup>54</sup>, ma anche se non si vogliono introdurre specifiche misure in questo senso occorrerebbe interrogarsi sull'opportunità di introdurre strumenti e quote obbligatorie che, al fine di promuovere l'occupazione di donne e giovani, finiscono per creare un ulteriore disincentivo all'assunzione o al reinserimento di persone che per ragioni anagrafiche sono altrettanto (o ancor più) soggette a rischi di esclusione dal mercato del lavoro. Un tema non meno allarmante se si considera il progressivo processo di invecchiamento della popolazione e il crescente squilibrio anagrafico tra giovani e anziani con la crescita dei secondi e la riduzione dei primi<sup>55</sup>.

Si tratta di bilanciare valori riconosciuti anche nella Carta dei diritti dell'Unione Europea, che sancisce all'art. 21 il divieto di discriminazione in base all'età e all'art. 25 il diritto degli anziani di partecipare alla vita sociale e culturale.

Il problema regolatorio, quando si affronta il tema dell'equità generazionale, oltre a creare delle tensioni sul piano costituzionale (anche rispetto al nostro art. 3 Cost.) assume i connotati del dilemma etico: è giusto garantire delle corsie preferenziali per l'accesso alle opportunità occupazionali generate dal *new deal* stimolato con il PNRR a discapito dei meno giovani?

La risposta la lasciamo al lettore e alla Storia.

Certo è che emerge, con sempre maggiore forza, il problema della decisione politica sottesa alle scelte connesse alle modalità di gestione delle commesse pubbliche. Il regolatore è chiamato ad effettuare valutazioni ricche di implementazione ideologiche e sociali che richiedono una visione di medio e lungo periodo da attuare con sofisticati strumenti economici e giuridici.

---

<sup>53</sup> Cfr. C. BARNARD, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, in *Industrial Law Journal*, 2017, 208.

<sup>54</sup> Per una recente e accurata analisi delle politiche di invecchiamento attivo cfr. L. DORATO, M. ROSPI, *Per un nuovo patto intergenerazionale: spunti per una proposta di legge-quadro per l'invecchiamento attivo*, in *Federalismi.it*, 2021, 87. Sul tema cfr. *Invecchiamento attivo, mercato del lavoro e benessere: analisi e politiche attive*, a cura di L. CAPPELLARI, C. LUCIFORA, A. ROSINA, Bologna, 2018.

<sup>55</sup> Registrato anche in ISTAT, *Bilancio demografico 2019*, reperibile on line sul sito *web* istituzionale.

## 6. *Il rapporto antinomico con le clausole sociali di stabilità occupazionale*

Un ulteriore profilo problematico si riscontra nella disamina delle coesistenti previsioni in tema di stabilità occupazionale nell'ambito della disciplina delle commesse pubbliche<sup>56</sup>.

Le nuove misure non sono state coordinate con le norme in tema di clausole sociali<sup>57</sup> e in particolare con le previsioni che impongono alle stazioni appaltanti di inserire nei bandi e negli avvisi di gara clausole volte a salvaguardare la stabilità occupazionale del personale in caso di avvicendamento tra gestori (c.d. *cambio appalto*) in tutti gli appalti e concessioni ad alta densità di manodopera (*labour intensive*)<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Sul tema cfr. ancora E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, 2021; F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in *Tutela e sicurezza nel lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI, Torino, 2011, 307; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. relaz. ind.*, 2001, 133 ss.

<sup>57</sup> Sul tema delle clausole sociali si segnalano, tra i contributi più recenti, F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pisa, 2020; M. COZZIO, *Prospettive per la tutela dei lavoratori negli appalti pubblici: la clausola sociale forte in discussione nella provincia autonoma di Trento*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1455; G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2019, 136; M. GIACONI, *La clausola di stabilità occupazionale prevista dall'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 605; I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Dir. relaz. ind.*, 2018, 571; M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 686; L. RATTI, *Le clausole di seconda generazione: inventario di questioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 469; S. VARVA, *Le clausole sociali, in Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M.T. CARINCI, C. CESTER, M. MATTAROLO, F. SCARPELLI, Torino, 2011, 321; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT*, 2014, 196; per un interessante accostamento tra la disciplina domestica e la normativa francese cfr. G. BARBERIS, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, cit. Per un'analisi delle distorsioni prodotte dalla ("cattiva") regolazione in tema di clausole sociali di stabilità occupazionale sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 47.

<sup>58</sup> Ci si riferisce all'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che estende l'obbligo per tutti gli affidamenti di contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale. La norma precisa che per servizi ad alta densità di manodopera si intendono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto. L'ANAC, con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019, ha emanato le Linee Guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali". Nelle citate linee guida si precisa (al par. 2.5.) che, salvo diversa previsione della contrattazione collettiva, le clausole sociali non si applicherebbero al personale utilizzato, nel contratto cessato, da parte delle imprese subappaltatrici. È bene sottolineare che tale opzione esegetica rischia di creare gravissime discriminazioni, oltre a poter vanificare del tutto gli obiettivi sociali prefissati. Ciò soprattutto se si considera che il ricorso al subappalto è sempre più diffuso anche in ragione del superamento dei limiti quantitativi fissati in modo generalizzato dalla normativa domestica soggetti all'obbligo di disapplicazione per contrasto con la normativa europea (cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. V, 26 settembre 2019, causa C-63/18). Sulla difficile collocazione delle linee guida dell'ANAC nel sistema delle fonti e sul rischio di compromissione del

Questo genere di clausole, ancor prima dell'intervento legislativo appena menzionato, erano già state contemplate in alcuni CCNL con effetti limitati alle parti firmatarie.

Il vivace contenzioso, generato dall'imprecisa definizione dei confini dei diritti da accordare al personale del gestore uscente, ha prodotto l'enucleazione di principi di fonte pretoria, recepiti anche in sede regolatoria<sup>59</sup>.

È ormai *ius receptum* che le clausole di riassorbimento non possano introdurre obblighi di riassunzione inderogabili<sup>60</sup>.

Anche la Corte di Giustizia (nel previgente quadro normativo) aveva evidenziato come l'imposizione incondizionata di obblighi di riassunzione avrebbe pregiudicato una gestione efficiente e avrebbe vanificato eventuali risparmi di spesa derivanti da una diversa organizzazione del lavoro<sup>61</sup>, con l'effetto di mortificare i benefici della competizione.

Si può dunque accordare un "diritto di preferenza" (che altrove si è quali-

---

principio di unitarietà della regolamentazione in materia di contratti pubblici cfr. M. P. CHITTI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, 436; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 743; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giust.Amm.it*, 2016, 1; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giust.Amm.it*, 6, 2016.

<sup>59</sup> Cfr. ANAC, Linee guida n. 13/2019, cit. ove si assume che l'applicazione della clausola sociale non possa comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente. Si specifica sul punto che il riassorbimento del personale può essere imposto nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assunto. E ciò a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale.

<sup>60</sup> Cfr. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2021 n. 5483; Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389; 12 settembre 2019, n. 6148; 10 giugno 2019, n. 3885; Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 750; 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 742; 18 settembre 2018, n. 5444; 8 giugno 2018, n. 3471; Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 731; 17 gennaio 2018, n. 272; 28 agosto 2017, n. 4079; Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078; Sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433; Sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 2 gennaio 2015, n. 6; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23; T.A.R. Toscana, Sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231. Analogamente cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5243, che ha ritenuto illegittimo l'inserimento nelle *lex specialis* di gara di clausole che attribuiscono un punteggio premiale parametrato alla percentuale di personale da riassorbire. Per alcuni commenti all'indirizzo giurisprudenziale appena richiamato cfr. G. BIASUTTI, *Ancora una pronuncia in tema di clausole sociali: il punto della giurisprudenza in un contrasto tra diritti costituzionalmente rilevanti*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1272; F. BEVILACQUA, *Attenzione alla clausola sociale: neanche il CCNL può limitare la libertà imprenditoriale*, in *Urb. e app.*, 2018, 180; Per un'approfondita analisi estesa ai valori costituzionali in gioco cfr. R. PROIETTI, *Contratti della p.a. – le c.d. clausole sociali ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale*, in *Ginr. it.*, 2017, 2715.

<sup>61</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE, Sez. II, 14 luglio 2005, C-386/03, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania e Corte di Giustizia CE, Sez. I, 9 dicembre 2004, C-460/02, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana. Le pronunce dichiarano incompatibili con la normativa sovranazionale previsioni normative che imponevano obblighi assoluti di riassunzione dei lavoratori a carico del nuovo gestore dei servizi (nel caso italiano si trattava della normativa di recepimento della Dir. CE n. 67/1996 relativa alla liberalizzazione dei servizi aeroportuali),

ficato come interesse legittimo di diritto privato)<sup>62</sup>, purché il numero dei dipendenti provenienti dal gestore uscente e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione aziendale dell'impresa subentrante.

Ebbene, fatte queste premesse, resta da capire come si coniuga la citata preferenza per il personale del gestore uscente con le quote inderogabili in favore di donne e giovani introdotte dal d.l. n. 77/2021.

Nei servizi *labour intensive* che verranno inclusi nel PNRR e nel PNC il tema del conflitto tra esigenze di ricambio generazionale ed esigenze di stabilità occupazionale rischia di essere più che concreto.

Viene quindi da chiedersi: a quali regole dovranno attenersi l'operatore e l'interprete?

I principali criteri per la soluzione delle antinomie portano a risultati convergenti.

Applicando il criterio di specialità (*lex specialis derogat generali*) le norme in tema di appalti del PNRR e PNC sembrano destinate a prevalere poiché disciplinano un ambito speciale rispetto alla normativa generale in materia di appalti pubblici *tout court* contenente le previsioni in tema di stabilità occupazionale.

Anche il criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*) porta a concludere per la prevalenza delle norme introdotte con il d.l. n. 77/2021, poiché successive a quelle in tema di stabilità occupazionale già contenute nell'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (modificato dall'art. 33 del d.lgs. n. 19 aprile 2017, n. 56 che ha reso obbligatorio l'inserimento delle clausole sociali di stabilità occupazionale in tutti gli appalti nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto).

Sul piano giuridico il contrasto tra le norme è facilmente risolvibile con i canoni ermeneutici sopra richiamati, restano però sul campo delle perplessità sul piano della razionalità complessiva del sistema. Non si ravvisano infatti ragioni giustificatrici che inducano a far coesistere sistemi che mirano a favorire il ricambio generazionale nelle maestranze (appalti del PNRR e del PNC), con sistemi che invece l'ostacolano imponendo criteri di preferenza a tutela della conservazione della stabilità occupazionale del personale già impiegato, anche a discapito dell'inserimento di giovani o di personale appartenente al genere sottorappresentato (appalti tradizionali ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016).

---

reputando gli effetti restrittivi della concorrenza sproporzionati ed eccessivi rispetto alle esigenze di stabilità occupazionale.

<sup>62</sup> Sulle ragioni che inducono alla qualificazione prospettata sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, cit., 47. Sulla controversa figura dell'interesse legittimo di diritto privato è d'obbligo il richiamo a L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; M. NIGRO, F.G. SCOCA, S. BACCARINI, P. RESCIGNO, E. ROSINI, D. SORACE, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro amm.*, 1988, II, 317.

## 7. Conclusioni: la regolazione attuativa e i futuri sviluppi

Gli aspetti problematici e i dilemmi passati in rassegna si ripresenteranno a breve in sede di regolazione attuativa, ove potranno essere affrontati (in tutto o in parte) oppure elusi.

L'art. 47, comma 8, d.l. n. 77/2021 ha, infatti, previsto l'adozione di linee guida per la definizione delle modalità e dei criteri applicativi per promuovere le pari opportunità, nonché per l'indicazione delle misure premiali e la predisposizione di modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

La norma ha fissato in sessanta giorni il termine per l'adozione delle linee guida; un termine del tutto irrealistico sia per l'ampiezza dei temi oggetto di regolazione, sia per la complessità dell'*iter* di approvazione delineato dalla norma primaria, che coinvolge il Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero dei Ministri o delle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le disabilità.

È sicuramente opportuna la delineata differenziazione dei regimi di regolazione per settori merceologici: ci sono contesti, ad esempio, in cui non v'è la necessità di rafforzare la presenza femminile nella forza lavoro con mansioni d'ordine (si pensi ai servizi di *call center* o di pulizia), mentre occorrerà concentrarsi sulle tematiche afferenti agli avanzamenti di carriera e di miglioramento delle condizioni di lavoro.

Misure indifferenziate rischiano di essere inutili o dannose. Occorre, invece, un'analisi che tenga conto delle attuali condizioni di mercato per valutare i possibili impatti delle misure incentivanti secondo il metodo dell'analisi di impatto della regolazione (AIR)<sup>63</sup>, che andranno accompagnate da valutazioni *ex post* (VIR) per correggere distorsioni e migliorare l'efficacia delle soluzioni messe in campo.

Un altro aspetto di cui occorrerà tener conto è quello dei potenziali effetti (benefici) sulle finanze pubbliche, in termini di riduzione della spesa per misure di sostegno verso gli inoccupati.

In Italia il Reddito di Cittadinanza (*ex* d.l. 28 gennaio 2019, n. 4) e le ulteriori forme indennitarie (e.g. Reddito di emergenza – REM) a tutela di quanti siano

---

<sup>63</sup> Oggetto del Regolamento di cui al d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169 (“Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione”). Per un commento al Regolamento in tema di AIR e VIR cfr. F. CACCIATORE, *Che cosa cambia nella normativa statale sulla “better regulation”*. *Commento a d.p.c.m. 15 settembre 2017, n. 169* in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 581.

sprovvisi dei mezzi necessari al proprio sostentamento<sup>64</sup> generano oneri che potrebbero essere sensibilmente ridimensionate da queste politiche, soprattutto se si utilizzano alcuni accorgimenti in sede regolatoria (collegando gli incentivi per le imprese al collocamento di personale che sta beneficiando di sussidi a carico delle finanze pubbliche).

In altri paesi europei le clausole sociali negli appalti pubblici tengono conto degli effetti di alleggerimento sulle finanze pubbliche e dei vantaggi contributivi connessi all'inserimento di nuovi occupati a rischio di esclusione.

In Finlandia, ad esempio, è già stato avviato un sistema di *social impact bond* (SIB) per finanziare investimenti sulla formazione di giovani e immigrati e favorire l'inserimento nel mondo del lavoro. Il sistema poggia sull'aspettativa di maggiori entrate fiscali generate dalle imposte applicate sul reddito delle persone ammesse ai programmi finanziati con fondi privati<sup>65</sup>.

Le misure di incentivazione all'inserimento lavorativo delle persone che beneficiano di indennità di sostegno al reddito, assicurano benefici sociali ancor più rilevanti.

Si è notato come le misure di reddito minimo scalfiscano solo lo "strato superficiale della povertà", senza emendare i processi di produzione del divario sociale, come avviene con gli interventi predistributivi<sup>66</sup>.

In questo senso le misure di promozione dell'inserimento lavorativo delle persone a rischio di esclusione nell'ambito degli appalti pubblici sembrano iscriversi tra le strategie alternative alle misure di sostegno al reddito, che potenziando le forme di collaborazione tra settore pubblico e società civile, possono costituire strumenti preziosi per la lotta alla povertà<sup>67</sup>; ciò grazie alla loro capacità di incidere sul momento genetico delle disuguaglianze con una riallocazione non già del reddito, ma delle opportunità<sup>68</sup>.

Tuttavia, l'esperienza maturata dagli altri Stati nell'ambito del SRPP, mostra come i metodi e gli obiettivi del RSPP richiedono professionalità e competenze

---

<sup>64</sup> Per un'accurata analisi delle varie forme di sostegno al reddito e dei relativi limiti cfr. C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit. 133.

<sup>65</sup> Per la descrizione del sistema cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 113.

<sup>66</sup> In questo senso cfr. C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit. 203, che evidenzia come occorra ricorrere a strategie alternative fondate su nuove "forme di collaborazione tra settore pubblico e società civile, maggiormente adatte a intercettare le priorità dei bisogni e a soddisfarle".

<sup>67</sup> Sull'importanza di queste strategie di collaborazione pubblico-private cfr. C. FRANCHINI, *op. cit.* 204.

<sup>68</sup> Sulla necessità di promuovere misure che sappiano incidere sui processi genetici della povertà cfr. ancora C. FRANCHINI, *op. cit.*, 210. L'A. nota anche come l'intervento dello Stato attraverso l'erogazione di sussidi e ausili economici sia fondamentale, ma debba comunque essere di durata limitata, perché "può scongiurare un incremento delle condizioni di debolezza e contenerne la diffusione, ma risulta insufficiente per inciderne le basi".

elevate e un'approfondita conoscenza del singolo segmento di mercato in cui si inserisce la misura, tenendo conto del contesto territoriale.

In questo senso la regolazione *top down* (l'unica attualmente delineata dalle norme primarie) rischia di risultare poco efficace, mentre un sistema *bottom up* che valorizzi le esperienze maturate dagli enti locali e le realtà del terzo settore appare più adatto a intercettare le specifiche esigenze dei singoli contesti territoriali.

In Francia l'ausilio della rete di *facilitatori* (*Régies de Quartiers, Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification*, ecc.) si è rivelato uno strumento prezioso per supportare le amministrazioni nel cogliere le esigenze sociali di specifici territori senza perdere di vista le risposte che il mercato è concretamente in grado di offrire.

Occorrerebbe quindi una rivoluzione anche culturale. La diffusione delle pratiche e delle tecniche del SRPP e la capacità delle amministrazioni di adattare le proprie prassi sono ingredienti fondamentali per il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi prefissati dalle nuove norme in tema di giustizia sociale.

Si tratta dunque di una sfida ardua e gravida di implicazioni politiche e ideologiche.

Si fissano nuove basi per ripensare i temi del reclutamento del personale da parte degli operatori economici privati. Si parte da quelli che contrattano con la pubblica amministrazione, ma non è difficile immaginare forme di osmosi o future estensioni al mercato privato; ciò anche per garantire una maggiore omogeneità delle regole del confronto competitivo nell'ambito dei medesimi settori merceologici ed evitare che le aziende siano costrette a strutturarsi secondo logiche schizofreniche a seconda della natura pubblica o privata del committente.

Viceversa, si potrebbe giungere alla conclusione diametralmente opposta: una prassi applicativa deludente o nuovi orizzonti politici potrebbero far chiudere in un cassetto questi esperimenti, che certamente non giovano alla stabilità delle regole e potrebbero essere percepiti come un ostacolo per la crescita e la competitività delle aziende.

Dunque, non può affatto escludersi un ritorno sul sentiero della tradizione liberale, che ha sempre guardato con diffidenza "ai lacci e lacciuoli"<sup>69</sup> non essenziali per il funzionamento del mercato in cui si esprime la libertà di impresa.

Del resto, l'evoluzione della normativa in materia di contrattualistica pubblica ci ha già abituato a improvvisi e repentini cambi di rotta, anche su istituti centrali (si pensi e.g. alle alterne fortune dell'appalto integrato e del criterio del prezzo più basso e alle tormentate vicissitudini del subappalto), martoriati con norme di contenuto radicalmente contraddittorio succedutesi con un ritmo convulso.

I potenziali sviluppi sono dunque imprevedibili e tutti da esplorare, ma i

<sup>69</sup> Metafora di Tommaso Campanella ripresa nel celebre volume di G. CARLI, *Lacci e lacciuoli*, Roma, 2003.

principi e i criteri abbozzati nel disegno di legge delega in materia di contratti pubblici approvato dal Consiglio dei Ministri n. 26/2021 del 30 giugno sono già orientati verso un'estensione dell'ambito di applicazione delle misure a tutela delle pari opportunità generazionali e di genere<sup>70</sup>.

Il mercato pubblico si conferma quindi come un mercato in cui si può sperimentare l'ideale dell'economia sociale di mercato. Si possono coniugare le logiche competitive ed efficientistiche (e meritocratiche) con le esigenze etiche, di tutela dei diritti sociali e di promozione delle PMI<sup>71</sup>, con graduazioni pressoché infinite.

Gli scenari sono ancora incerti, ma è facile immaginare che i nuovi istituti costituiranno un terreno di conflitti economici e sociali, destinati ad affollare le aule di giustizia, almeno sin quando il diritto a un buon lavoro resterà un bene contendibile destinato a essere assegnato solo in favore di alcuni.

Sino ad allora occorrerà continuare a riflettere su quei dilemmi di giustizia distributiva su cui l'umanità e i grandi pensatori, a partire da Aristotele, non hanno mai smesso di interrogarsi.

---

<sup>70</sup> Cfr. art. 1, comma 2, lett. e) del citato disegno di legge ove si rimette al legislatore delegato il compito di introdurre la facoltà ovvero l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali e ambientali, con cui potranno essere indicati, come requisiti necessari o premiali dell'offerta, criteri orientati a promuovere le pari opportunità generazionali e di genere.

<sup>71</sup> Espressamente menzionate nell'art. 47 *quater* del d.l. n. 77/2021 cit. (introdotto in sede di conversione in legge dalla l. 29 luglio 2021, n. 108), ove si affida in termini piuttosto generici alle stazioni appaltanti la tutela di questo tipo di esigenze. La norma espressamente prevede che "Ai fini della tutela della concorrenza e di garantire il pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021, e dal regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano compatibilmente con il diritto dell'unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità".

**Abstract**

Il saggio analizza le misure di promozione delle pari opportunità generazionali e di genere introdotte dall'art. 47 del d.l. n. 77/2021 per l'affidamento dei contratti pubblici di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Nel contributo si esaminano i principali nodi problematici anche mediante il confronto con le precedenti esperienze in tema di clausole sociali.

Social justice and equal opportunity in public contracts for post-pandemic recovery

The essay analyzes the measures for the promotion of generational and gender equal opportunities introduced by art. 47 of Law Decree no. 77/2021 for the awarding of public contracts for the implementation of the National Recovery and Resilience Plan (PNRR). The contribution examines the main problematic issues, also by comparing them with previous experiences in the field of social clauses.

*La dottrina dialoga con la giurisprudenza*



# Alcune osservazioni sull'effettività del principio delle pari opportunità

di Laura Lorello

SOMMARIO: 1. Le radici dell'effettività del principio delle pari opportunità – 2. L'effettività del principio delle pari opportunità nel caso della Puglia – 3. La posizione del Tar Puglia – 4. La diversa posizione del Consiglio di Stato – 4.1. L'apertura del Tar Lazio – 5. Il Consiglio di Stato chiama in causa la Corte costituzionale – 6. La posizione del Tar Sicilia – 7. Ancora un lungo cammino per dare effettività al principio delle pari opportunità?

## 1. *Le radici dell'effettività del principio delle pari opportunità*

La sentenza del Tar Sicilia del 4 ottobre 2021<sup>1</sup>, decidendo sul ricorso<sup>2</sup> promosso contro due decreti del Presidente della Regione siciliana del gennaio dello stesso anno, di nomina di due assessori di sesso maschile, ha riproposto la questione dell'effettività del principio della parità di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, sancito dall'art. 51.1 Cost.

Si tratta di una questione che riveste particolare rilievo e rispetto alla quale la giurisprudenza amministrativa ha assunto posizioni diverse nel corso degli ultimi due anni; posizioni che si ritiene utile esaminare in queste brevi note.

Sembra opportuno avviare l'analisi da quanto affermato dalla Corte costituzionale già nell'ordinanza n. 39 del 2005, nella quale, il giudice costituzionale, pur dichiarando la manifesta infondatezza della questione sollevata<sup>3</sup>, precisava che il nuovo testo dell'art. 51.1 Cost. (come riformato dalla l. c. n. 1 del 2003) contemplava adesso l'impegno della Repubblica a promuovere le pari opportunità tra uomini e donne con appositi provvedimenti e, per questo, non poteva più considerarsi solo come «una sorta di specificazione» del principio di eguaglianza formale dell'art. 3.1<sup>4</sup>. Con ciò veniva reso esplicito il legame con il profilo sostanziale dell'eguaglianza e, quindi, con il secondo comma dell'art. 3 Cost. e, al tempo stesso, veniva dato fondamento costituzionale ad interventi positivi del legislatore volti a realizzare la parità tra i sessi.

---

<sup>1</sup> Tar Sicilia, sez. I, sentenza 4 ottobre 2021, n. 2744.

<sup>2</sup> Del 2/2/2021.

<sup>3</sup> Corte costituzionale, ordinanza 12 gennaio 2005, n. 39. La questione sollevata dal Consiglio di Stato riguardava la legittimità costituzionale dell'art. 61.1, a) del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, nella parte con cui riserva alle donne, a garanzia delle pari opportunità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso per l'accesso alla Pubblica amministrazione, in riferimento agli artt. 3 e 51 Cost. nel vecchio testo. La Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, proprio perché il giudice remittente non aveva tenuto conto dell'intervenuta revisione costituzionale dell'art. 51.

<sup>4</sup> Corte cost. n. 39/2005, Cons. 5.

Ma la Corte costituzionale ha proseguito oltre in questo cammino, con la sentenza n. 4 del 2010<sup>5</sup>, relativa alla legittimità costituzionale della doppia preferenza di genere, prevista dalla legge elettorale della regione Campania. Qui il giudice costituzionale ha evidenziato l'esigenza di dare «effettività al principio di eguaglianza astrattamente sancito, ma non compiutamente realizzato nella prassi politica ed elettorale»<sup>6</sup>, esigenza che, nel caso esaminato, giustificava la misura introdotta dal legislatore regionale, la doppia preferenza di genere appunto, configurata come «misura di riequilibrio»<sup>7</sup>, perfettamente compatibile con il quadro costituzionale e statutario.

E ancora, nella sentenza n. 81 del 2012<sup>8</sup>, la Corte costituzionale ha riconosciuto al principio delle pari opportunità tra uomini e donne il carattere di *principio giuridico* a tutti gli effetti, di *canone di legalità* in grado di limitare «gli spazi della discrezionalità politica» e «di requisito di legittimità e di validità dell'atto»<sup>9</sup>.

Sulla base di queste premesse, si può procedere ad analizzare alcune vicende concrete che hanno visto protagonisti i giudici amministrativi.

## 2. *L'effettività del principio delle pari opportunità nel caso della Puglia*

Una prima occasione in cui la dimensione di effettività del principio delle pari opportunità è stata oggetto di attenzione, è quella delle elezioni del Consiglio regionale pugliese, svoltesi nello scorso settembre 2020. In quell'occasione, come è noto, il governo nazionale era dovuto intervenire, nell'esercizio del potere sostitutivo ex art. 120.2 Cost.<sup>10</sup>, con il decreto-legge n. 86, per garantire che la competizione elettorale si svolgesse nel rispetto delle pari opportunità, attraverso la previsione dell'introduzione della doppia preferenza di genere, non contemplata dalla legge elettorale pugliese<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Corte costituzionale, sentenza 14 gennaio 2010, n. 4.

<sup>6</sup> *Ibidem*, Cons. dir. 3.1.

<sup>7</sup> *Ibidem*, Cons. dir. 3.3.

<sup>8</sup> Corte costituzionale, sentenza 5 aprile 2012, n. 81. Il Tar Campania aveva annullato, e il Consiglio di Stato aveva poi confermato la sua decisione, l'atto con cui il Presidente della Giunta regionale aveva nominato un assessore della Giunta (Decreto n. 136 del 16/7/2010, Affari generali della Presidenza collegamenti e con gli assessori). In esito a tale nomina, la Giunta era risultata composta da 11 uomini e una sola donna, in contrasto con quanto previsto dall'art. 46.3 Statuto Campania, che richiede che le nomine degli assessori siano disposte nel «rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne e uomini». Il ricorso era stato presentato da una donna avvocato, che, alle dimissioni dell'assessore sostituito con decreto presidenziale impugnato, si trovava nelle condizioni per essere nominata al suo posto. La mancata nomina riproponeva «il disequilibrio, già determinatosi in occasione della prima tornata di investiture, tra componenti di sesso femminile e componenti di sesso maschile, in violazione del dettato dell'art. 46 comma 3, dello Statuto della Regione Campania», Corte costituzionale n. 81/2012, fatto, 2.

<sup>9</sup> *Ibidem*, Cons. dir. 4.2.

<sup>10</sup> E dell'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

<sup>11</sup> La previsione della doppia preferenza di genere, insieme alla soglia massima del 60% di

Infatti, la legge regionale 28 gennaio 2005, n. 2<sup>12</sup> si limitava a prevedere la possibilità di esprimere un solo voto di preferenza (art. 7) e, riguardo alla composizione della lista, l'art. 8.13, allo scopo di garantire la rappresentanza di entrambi i sessi, prevedeva la soglia limite del 60% di candidati dello stesso sesso, accompagnata dalla sanzione della mancata erogazione dei contributi al gruppo consiliare, nel caso di violazione della soglia<sup>13</sup>. La sanzione non comportava la dichiarazione di inammissibilità della lista, poiché veniva applicata successivamente alle elezioni, e rendeva, di fatto, priva di reale efficacia la prescrizione della soglia del 60%.

Nel provvedimento d'urgenza il governo fondava l'esercizio del suo potere sostitutivo nella «tutela dell'unità giuridica della Repubblica», espressamente menzionata dal comma 2 dell'art. 120 Cost., con ciò riconoscendo che quella stessa unità giuridica trova compiuta garanzia anche nell'attuazione concreta del principio della parità di accesso alle cariche elettive<sup>14</sup>. Di conseguenza, il mancato recepimento del principio delle pari opportunità, prescritto dalla legislazione statale (l. n. 165/2004 e l. n. 20/2016) si configurava come mancato rispetto “di norme”, indicato dall'art. 120.2, che legittimava l'adozione del decreto-legge<sup>15</sup>; e quel mancato recepimento connotava del carattere di straordinaria urgenza e necessità l'esigenza di dare attuazione al principio delle pari opportunità dell'art. 51 Cost., fondandone, anche, così l'immediata precettività.

---

candidati dello stesso sesso, era stata introdotta dalla legge 2 luglio 2004, n. 165, come modificata dalla legge 15 febbraio 2016, n. 20 “Modifica all'articolo 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165, recante disposizioni volte a garantire l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei consigli regionali”.

<sup>12</sup> L. reg. 28 gennaio 2005, n. 2 “Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta regionale.”.

<sup>13</sup> La mancata erogazione riguardava i contributi ai gruppi consiliari e poteva giungere fino ad un massimo della metà e per il periodo della sola prima annualità.

<sup>14</sup> T. GROPPi, “*La Costituzione si è mossa*”: la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), paper 9/9/2020, fa notare come il riferimento alla tutela dell'unità giuridica della Repubblica costituisca un cambio di rotta rispetto a quanto riportato nell'atto di diffida, nel quale si faceva leva sulla configurazione del principio delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive come espressione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che l'art. 120.2 prescrive di tutelare “prescindendo dai confini territoriali dei governi locali”. Secondo l'A. nel testo dell'art. 120.2 i livelli essenziali delle prestazioni rappresentano una “specificazione” dell'unità giuridica della Repubblica: “la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”.

<sup>15</sup> T. GROPPi, “*La Costituzione si è mossa*”, cit., 10 ss. mette in luce i rilievi positivi e negativi che sono seguiti all'adozione del d. l. 86, tra i quali vi è quello relativo alla scelta del provvedimento d'urgenza, non utilizzabile, a norma dell'art. 15.2 b) legge 23 agosto 1988, n. 400, in materia elettorale, nel rispetto della riserva di assemblea stabilita dall'art. 72.4 Cost. Tuttavia, si può concordare con l'A. sul fatto che il dl non abbia ad oggetto la materia elettorale in sé (11), quanto piuttosto la garanzia di un diritto fondamentale, per un corretto svolgimento della competizione elettorale, quale è la parità di accesso alle cariche elettive.

Dalla successiva competizione elettorale, tuttavia, su 50 consiglieri, sono risultate elette solo 8 donne, rivelando così che la semplice introduzione della doppia preferenza di genere, avvenuta con il d. l. 86, non aveva avuto un reale effetto di riequilibrio nella composizione del consiglio regionale della Puglia.

Da qui, è scaturito il ricorso presentato al Tar Puglia-Bari<sup>16</sup>, ad iniziativa di alcuni cittadini elettori, che hanno chiesto l'annullamento dell'atto di proclamazione dell'elezione di alcuni consiglieri, in quanto appartenenti a liste composte in violazione della soglia massima del 60% di candidati dello stesso sesso. Secondo i ricorrenti, infatti, la l. n. 20/2016, oltre alla doppia preferenza di genere, prescrive che le liste non possano contenere un numero di candidati di un sesso superiore al 60% del totale. La legge elettorale pugliese, all'art. 8.13, come ricordato, prevedeva già una simile prescrizione per la formazione delle liste, ma essa da un lato non aveva mai ricevuto concreta attuazione e dall'altro era accompagnata dalla blanda misura di una sanzione pecuniaria, cioè la mancata attribuzione dei contributi al gruppo consiliare, peraltro comminata successivamente alle elezioni, senza alcun effetto preclusivo sulla partecipazione alla competizione elettorale delle liste non in regola. Lo svolgimento della tornata

---

<sup>16</sup> Il ricorso (n. 1354 del 2020) ha ad oggetto, più specificamente, l'annullamento del verbale dell'Ufficio centrale presso la Corte di appello di Bari di proclamazione degli eletti al consiglio regionale, in riferimento all'elezione di sei candidati di due liste, che hanno preso parte alla competizione senza rispettare la soglia del 60% di candidature dello stesso sesso, prescritta dalla l. n. 20/2016. Sotto il profilo del Diritto, nel ricorso si lamenta che le disposizioni della l. reg. n. 2/2005 (art. 8.13 e 13, art. 10.1 e art. 2.9 e) siano in contrasto con diverse disposizioni costituzionali: art. 51.1, art. 117.7, art. 3.2, art. 122.1, questa in riferimento, in qualità di norma interposta, all'art. 4 c) bis, n. 1 della l. n. 165/2004, come modificata dall'art. 1.1 della l. n. 20/2016; e infine art. 123.1, in riferimento all'art. 6 Stat. Puglia (legge regionale 12 maggio 2004, n. 7 e ss.mm.ii.). In particolare, riguardo all'art. 8.13 della l. reg. n. 2/2005, si contesta che la soglia limite del 60% possa essere violata senza alcuna reale conseguenza, poiché l'accertamento della avvenuta violazione non comporta l'esclusione della lista dalla competizione elettorale, ma solo l'eventuale e successiva applicazione della sanzione pecuniaria costituita dalla semplice riduzione delle somme erogate al gruppo consiliare (gruppo di non sicura costituzione), fino al massimo della metà e per il solo primo anno della consiliatura. Si tratta di una misura che, agendo *ex post*, non è in grado di incidere sul risultato elettorale ormai consolidato, permettendo che l'intera procedura si svolga in contrasto con le finalità per cui la legge prevede misure di riequilibrio della rappresentanza di genere. A rendere più grave la situazione di illegittimità, ancora secondo i ricorrenti, si aggiunge il fatto che la legislazione regionale prevede specifiche disposizioni che escludono liste con un numero di candidati inferiore al minimo o con un non sufficiente numero di sottoscrizioni, eliminando i candidati in esubero privi di qualche requisito, ma nulla dispone nel caso di mancato rispetto della soglia del 60%. In tal modo, proseguono i ricorrenti, risulta chiaro che una misura destinata ad operare su una competizione elettorale già chiusa non può dirsi realmente efficace nella prospettiva della garanzia della parità di accesso alle cariche elettive. Si pone, quindi, la questione della *effettività* del principio delle pari opportunità e delle vie attraverso cui realizzarla (10-11). Altro profilo di illegittimità riguarda la formulazione dell'art. 4.1, nel testo della l. n. 20/2016, che, con l'espressione "in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale" pone un obbligo preciso a chi è chiamato a definire le liste, obbligo che non può essere disatteso.

elettorale era risultato, pertanto, falsato proprio perché vi avevano preso parte liste che avrebbero dovuto esserne escluse<sup>17</sup>.

### 3. *La posizione del Tar Puglia*

La sentenza del 16 gennaio 2021<sup>18</sup>, con la quale il Tar Puglia ha respinto il ricorso<sup>19</sup>, costituisce un primo momento di confronto sul tema dell'effettività del principio delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive.

Infatti, il giudice amministrativo affermava che «per quanto suggestiva», possa essere la ricostruzione proposta (dai ricorrenti), l'art. 51 Cost. va inserito nella categoria dei «principi di ordine generale, la cui attuazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario»<sup>20</sup>. Ciò anche in riferimento alla legislazione elettorale regionale, materia di potestà legislativa concorrente, ex art. 117.3 e art. 122.1 Cost., e materia che il legislatore regionale può disciplinare nel rispetto dei principi e dei limiti fissati dalla legge statale, nel caso di specie la l. n. 165/2004, come modificata in ultimo dalla l. n. 20/2016. Tale disciplina, secondo il giudice amministrativo, va intesa «quale principio rivolto all'indirizzo dei legislatori regionali e non quale norma di dettaglio vincolante sotto ogni profilo attuativo». Una diversa configurazione, che volesse qualificare la normativa statale come vincolante rispetto alle scelte del legislatore regionale, si porrebbe in contrasto con la previsione costituzionale che «impone al legislatore statale di intervenire in materia di legislazione concorrente solo con norme di principio»<sup>21</sup>.

In questo modo, il Tar Puglia ha preso una precisa posizione rispetto alla questione dell'effettività del principio della parità di accesso alle cariche elettive, escludendola espressamente e relegando lo stesso a «principio di ordine genera-

---

<sup>17</sup> Nel ricorso si legge che su 50 candidati proclamati eletti, ben 6 provengono da liste che contenevano un numero di candidati di un sesso eccedente il 60%, liste che, quindi, avrebbero dovuto essere escluse. Su di esso si è espresso il Tar Puglia, sez. III, con la sentenza 16 gennaio 2021, n. 95.

<sup>18</sup> Tar Puglia n. 95/2021.

<sup>19</sup> Al di là della richiesta di annullamento degli esiti della consultazione elettorale regionale, l'intento dei ricorrenti era quello di far sottoporre alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale regionale n. 2/2005 (si trattava dell'art. 8.13 e 3, dell'art. 10.1 e dell'art. 29 e), Tar Puglia n. 95/2021, Fatto e diritto, 3) per contrasto con gli articoli 51.1, 117.7, 3.2, 122.1 e 123.1 della Costituzione. In particolare, come già evidenziato, la previsione della sola sanzione pecuniaria dell'art. 8.13 della l. reg. n. 2/2005, senza quella della esclusione dalla competizione elettorale delle liste non rispettose della soglia del 60%, non si mostrava idonea a dare garanzia di «tutela effettiva del principio della parità di genere nell'accesso alle cariche elettive» (punto 6). Nella prospettazione dei ricorrenti, dunque, tale principio possedeva già natura cogente e era immediatamente vincolante, senza che vi fosse la necessità di un intervento di attuazione del legislatore regionale.

<sup>20</sup> Tar Puglia n. 95/2021, punto 6.

<sup>21</sup> *Ibidem*, punto 7.

le», che attende di essere reso concreto dall'opera del legislatore, in questo caso quello regionale<sup>22</sup>.

#### 4. *La diversa posizione del Consiglio di Stato*

Tuttavia, la decisione del Tar Puglia del 2021, lungi dal dare una risposta definitiva all'interrogativo relativo alla immediata operatività del principio, non sembra aver trovato conforto nella giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato.

Il giudice amministrativo d'appello, infatti, ha avuto modo di occuparsi del principio delle pari opportunità in una prima occasione alla fine del 2020, cioè precedentemente alla decisione del Tar Puglia, assumendo una posizione ben diversa.

In particolare, l'organo amministrativo con l'ordinanza del 18 dicembre 2020<sup>23</sup>, n. 9208, adottata in via cautelare, aveva sospeso le elezioni dei Consigli degli Ordini dei dottori Commercialisti<sup>24</sup>, poiché il relativo regolamento elettorale non contemplava il rispetto del principio delle pari opportunità.

In particolare, il Consiglio aveva affermato che il fatto che non vi fosse «una norma primaria in grado di individuare integrazioni del sistema elettorale che assicurino il rispetto del precetto costituzionale» dell'art. 51 Cost.<sup>25</sup> non valeva ad escludere l'illegittimità del regolamento elettorale, per contrasto con il principio delle pari opportunità. E ciò perché, così argomentando, tale principio sarebbe stato declassato nella sua capacità immediatamente vincolante e nella sua precettività, ripristinando «la distinzione tra norme costituzionali precettive e norme costituzionali meramente programmatiche (le quali non sarebbero immediatamente precettive), ripudiata sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1956». Aggiungeva poi il Consiglio di Stato che una simile prospettazione «finisce per introdurre una sfera di insindacabilità dei regolamenti, pur in caso di acclarato contrasto con la disciplina di rango costituzionale, qualora tale disciplina non sia già passata per il filtro della legislazione ordinaria»<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, punto 6.

<sup>23</sup> Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 18 dicembre 2020, n. 9208.

<sup>24</sup> Una dottoressa commercialista aveva impugnato il regolamento vigente in materia di elezione dei Consigli degli Ordini dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei revisori dei conti, di fronte al Tar Lazio, chiedendone la sospensiva (insieme al provvedimento che fissava la data delle elezioni), poiché esso non conteneva alcuna disposizione volta «a contrastare le discriminazioni di genere ed a promuovere le pari opportunità» (Cons. St. n. 9208/2020, 4). Anche in questa ipotesi si chiedeva, altresì, di sollevare una questione di legittimità costituzionale relativa al regolamento in riferimento agli articoli 3 e 51 Cost. Il Tar Lazio aveva respinto l'istanza cautelare e il relativo provvedimento (Tar. Lazio, Roma, sez. I, ordinanza 12 novembre 2020, n. 6927) era stato poi impugnato di fronte al Consiglio di Stato.

<sup>25</sup> Cons. St. n. 9208/2020, Diritto, punto 6.

<sup>26</sup> *Ibidem*, Diritto, 6.

In sostanza, il giudice amministrativo d'appello qui non solo riconosce la precettività immediata del principio e la sua capacità di vincolare il potere normativo, a qualunque livello esercitato, ma si preoccupa di evitare che il mancato intervento del legislatore crei *un'area grigia*, nella quale sia possibile introdurre disposizioni in «acclarato contrasto con la disciplina di rango costituzionale».

#### 4.1. *L'apertura del Tar Lazio*

Nella successiva decisione di merito, del 22 aprile 2021<sup>27</sup>, il Tar Lazio ha accolto il ricorso, sul presupposto che il principio delle pari opportunità dell'art. 51 Cost. rappresenta una «una naturale declinazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione»<sup>28</sup>.

Il giudice amministrativo ha, poi, evidenziato il necessario coinvolgimento, nella sua promozione, di tutti i soggetti dell'ordinamento costituzionale, esplicitato dal riferimento espresso alla Repubblica, e con ciò ha ritenuto «superata la questione del carattere precettivo o programmatico della disposizione»: il legislatore potrà e dovrà fondare su di essa l'intervento promozionale, scegliendone solo «mezzi e modalità»; ma anche «il potere amministrativo» risulterà *impegnato* nella stessa direzione, essendo chiamato «ad adottare ogni misura ritenuta necessaria ad eliminare gli ostacoli al principio di parità di accesso alle cariche elettive»<sup>29</sup>.

Ma il Tar Lazio va anche oltre, richiamando una precedente giurisprudenza amministrativa, e confermando il «valore di norma immediatamente vincolante» dell'art. 51 Cost., in grado di «conformare ed indirizzare lo svolgimento della discrezionalità amministrativa ponendosi rispetto ad essa quale parametro di legittimità sostanziale»<sup>30</sup>.

Rilevante è anche il riferimento all'art. 97 Cost., poiché per il Tar Lazio l'equilibrio tra i due sessi assume «un'ulteriore dimensione funzionale», in quanto acquista la natura di strumento di attuazione dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, sanciti dall'art. 97 Cost.<sup>31</sup>

Qui viene citata una decisione del Tar Lazio del 2011<sup>32</sup>, nella quale si legge

<sup>27</sup> Tar Lazio, sez. I, sentenza 22 aprile 2020, n. 4706.

<sup>28</sup> *Ibidem*, Diritto punto 9, così seguendo quanto affermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 39/2005, e cioè che il nuovo testo dell'art. 51.1 Cost. «non si limita più a disporre che “la diversità del sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa”», rappresentando solo «una sorta di specificazione» del principio di eguaglianza formale dell'art. 3.1; diversamente la nuova formulazione «asigna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini», Considerato, punto 5.

<sup>29</sup> *Ibidem*, Diritto punto 10.

<sup>30</sup> *Ibidem*, Diritto, punto 10.

<sup>31</sup> *Ibidem*, Diritto, punto 11.

<sup>32</sup> Tar Lazio, sez. II, sentenza 25/7/2011, n. 6673.

che «l'equilibrata partecipazione di uomini e donne (col diverso patrimonio di umanità, sensibilità, approccio culturale e professionale che caratterizza i due generi) ai meccanismi decisionali e operativi di organismi esecutivi o di vertice diventa nuovo strumento di garanzia di funzionalità, maggiore produttività, ottimale perseguimento degli obiettivi, trasparenza ed imparzialità dell'azione pubblica»<sup>33</sup>.

Dunque, in questa sentenza il Tar Lazio non solo segue ma rafforza quanto affermato dal Consiglio di Stato, non esitando a riconoscere immediata capacità vincolante al principio delle pari opportunità e attribuendo allo stesso *un'ulteriore dimensione funzionale*, quella cioè di strumento di attuazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione dell'art. 97 Cost.

##### 5. *Il Consiglio di Stato chiama in causa la Corte costituzionale*

Il Consiglio di Stato è tornato poi a pronunciarsi sulla questione dell'effettività del principio della parità di accesso alle cariche elettive, questa volta dopo la sentenza del Tar Puglia del 16/1/2021, prima esaminata, e lo ha fatto nell'ordinanza del 4/6/2021, con la quale è stata rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità della normativa nazionale relativa all'elezione dei consigli comunali, per i comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti<sup>34</sup> rispetto agli articoli 51.1, 3 e 117.1 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 14 Cedu e all'art. 1 Prot. Add n. 12<sup>35</sup>.

In particolare, il giudice amministrativo d'appello ha qui ritenuto che la mancata previsione, all'interno della normativa per le elezioni nei comuni con meno di 5.000 abitanti, di una disposizione sanzionatoria per le liste che non assicurino la rappresentanza di entrambi i sessi costituisca una violazione del principio della parità di accesso alle cariche elettive dell'art. 51 Cost.

Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, il Collegio richiama la «natura immediatamente precettiva e non meramente programmatica» della disposizione, nonché l'estensione dell'impegno all'adozione delle relative misure promozionali all'intera Repubblica<sup>36</sup>. Viene anche valorizzata la partecipazione politica, rispetto alla quale le diseguglianze vanno eliminate, in quanto la stessa esprime la «possibilità di rendersi portavoce di un centro di interessi», quale

<sup>33</sup> *Ibidem*, Diritto, punto 11.

<sup>34</sup> Si tratta dell'art. 71.3 bis del D.lgs. 18 agosto 2020, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e degli artt. 30, d) ed e) del D.p.r. 16 maggio 1960, n. 570, Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali.

<sup>35</sup> Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 4 giugno 2021, n. 4294, reg. ord. Corte costituzionale 130/2021.

<sup>36</sup> Cons. St. n. 4294/2021, punto 15.

«patrimonio umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere»<sup>37</sup>.

E se questa esigenza, prosegue il Consiglio di Stato, riceve piena concretizzazione nella disciplina per l'elezione del Parlamento Europeo, delle Camere, dei Consigli regionali e comunali, pur se con strumenti diversi, invece *arretra*, perdendo la sua effettività, nel caso della normativa per l'elezione dei consigli dei comuni con meno di 5.000 abitanti. Qui, rileva il giudice amministrativo d'appello, «la tutela della parità di genere “cede” in contesti aggregativi di modeste dimensioni, nonostante questi rappresentino dei centri propulsivi di assoluta importanza nella vita del Paese»: per questi il principio della parità di accesso alle cariche elettive non possiede alcuna effettività, a causa della carenza di sanzioni per le liste che non ne siano rispettose<sup>38</sup>.

In sostanza, non sembrano esserci margini per escludere la piena precettività del principio, la cui tutela risulta ancora più importante nel campo della partecipazione politica.

Le due posizioni del Consiglio di Stato esaminate, pur espresse in contesti diversi e in situazioni processuali diverse, sembrano, tuttavia, collocarsi lungo la medesima direttrice: quella del riconoscimento di piena effettività ed operatività al principio delle pari opportunità dell'art. 51 Cost., in sintonia con quanto affermato dalla Corte costituzionale sin dal 2005.

## 6. *La posizione del Tar Sicilia*

Su questo terreno si muove la recente decisione del Tar Sicilia del 4/10/2021.

La vicenda, come già ricordato, trae origine dai due decreti con i quali il Presidente della giunta regionale siciliana aveva provveduto a nominare due assessori della Giunta regionale, entrambi uomini, in sostituzione di due assessori dimissionari, un uomo nel primo caso ed una donna nel secondo<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, punto 15.

<sup>38</sup> *Ibidem*, punto 19. Aggiunge il Consiglio di Stato che «In tema di parità di genere, non può dirsi supportata da razionalità la misura che esclude dall'ambito della sua applicazione milioni di cittadini – e specialmente di cittadine – per il solo fatto di vivere in aree urbane a bassa densità demografica. Nessuna evidenza statistica, sociologica o scientifica esclude che in questi Comuni sia superfluo un intervento promozionale del legislatore. Intervento che, anzi, può risultare talora indispensabile per le minori opportunità che alcuni piccoli o piccolissimi offrono rispetto alle grandi aree urbane.», 20.

<sup>39</sup> Si tratta del decreto del Presidente della regione Sicilia 4/1/2021, n.01/Area1/S.G. e del decreto del Presidente della regione Sicilia 4/1/2021n.02/Area1/S.G., l'uno relativo alla nomina del sig. A. Scilla, in sostituzione del sig. E. Bandiera, l'altro alla nomina dell'avv. M. Zambuto, in sostituzione della sig. B. Grasso.

I ricorrenti contestavano che, con le intervenute nomine, la giunta regionale, originariamente composta oltre che dal presidente, da 11 uomini e una sola donna, risultava formata da 12 uomini, senza alcun componente di genere femminile. A riguardo richiamavano l'art. 3 della legge regionale 1 agosto 2020, n. 26 (Nomina e giuramento dei componenti della Giunta regionale), che dispone al comma 1: "Dopo la proclamazione il presidente nomina gli Assessori, tra cui un Vicepresidente, proponendoli ai rami dell'amministrazione, assicurando che ogni genere sia rappresentato in misura non inferiore ad un terzo". La concreta applicazione di questa disposizione avrebbe richiesto la presenza di 4 componenti di genere femminile. Le sostituzioni operate, invece, avevano *azzerato* «la presenza femminile in aperta violazione delle disposizioni dell'art. 3»<sup>40</sup>.

In particolare, con il primo motivo di ricorso si lamentava la violazione del principio costituzionale della parità di genere, principio che sarebbe dotato di un "contenuto immediatamente dispositivo", così come da "immediata efficacia dispositiva" sarebbe caratterizzata la disposizione dell'art. 3.1 della l. reg. n. 26/2020, tanto da rendere inammissibile una giunta composta da assessori di un solo genere. La natura vincolante del principio della parità di genere dell'art. 51 Cost., in sostanza, avrebbe imposto di rispettare la previsione di un terzo di membri del sesso meno rappresentato, pur se la disciplina regionale non era ancora vigente<sup>41</sup>.

Con il secondo motivo, si deduceva la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. reg. n. 26/2020, in riferimento agli artt. 3, 11, 51 e 117 Cost., in quanto il differimento dell'entrata in vigore della previsione dell'art. 3.1 alla XVIII legislatura regionale doveva essere limitato alla sola misura della presenza del genere sottorappresentato, cioè un terzo, e non anche alla necessità che la giunta rispettasse fin da subito la parità di genere nella sua composizione. In sostanza, una paritaria composizione dell'organo andava assicurata già nella legislatura corrente, «rimanendo comunque possibile una rappresentanza diversa da un terzo, in occasione delle surroghe dell'organo che possono verificarsi durante la vita politico-amministrativa dell'ente»<sup>42</sup>.

Il Collegio giudicante ha ritenuto infondate tutte le censure sollevate.

In primo luogo, la previsione della XVIII legislatura come termine di applicazione della previsione dell'art. 3.1 della l. reg. n. 26/2020 (art. 1, 1 e 2 l. reg. n. 26/2020) rendeva impossibile anticipare la vigenza della disposizione e, con essa, l'applicazione del principio della parità di genere, così come disegnato nella legislazione regionale, che si assume, quindi, privo del requisito della immediata operatività. La chiarezza del testo della normativa regionale, per il Tar, faceva ritenere «l'interpretazione costituzionale orientata prospettata dai ricorrenti»

<sup>40</sup> Tar Sicilia, sez. I, sentenza 4 ottobre 2021 n. 2744, Diritto, punto 3.

<sup>41</sup> *Ibidem*, Diritto, punto 3.1.

<sup>42</sup> *Ibidem*, Diritto, punto 3.2.

«inammissibile stante che detta operazione ermeneutica deve essere in ogni caso compatibile con il portato semantico della disposizione»<sup>43</sup>.

In secondo luogo, il giudice amministrativo argomenta l'infondatezza delle censure proposte descrivendo una relazione, tra il principio della parità di genere e quello del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, all'interno della quale sembra vada data preferenza e prevalenza al secondo rispetto al primo.

In particolare, sembrerebbe delineato un rapporto conflittuale tra il principio della parità di accesso alle cariche elettive (art. 51.1 Cost.) e quello del buon andamento dell'amministrazione pubblica (art. 97 Cost.).

Più nel dettaglio, il Tar Sicilia richiama la decisione del Tar Puglia, Lecce dell'8 gennaio 2020, n. 13, affermando che «*se è certamente necessario garantire la parità tra i sessi e conseguentemente le reciproche pari opportunità, evitando che l'esercizio delle funzioni politico – amministrative sia precluso ad uno dei due generi, maschile o femminile, nondimeno il continuato, ordinato e corretto svolgimento di quelle stesse funzioni politico – amministrative costituisce un elemento cardine del vigente ordinamento giuridico, con riferimento al principio sia di democraticità, sancito dall'art. 1 Cost., sia di legalità, imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Conseguentemente, il rispetto di detto principio*» cioè di quello della pari opportunità, «*non può in alcun modo determinare un'interruzione dell'esercizio delle funzioni politico-amministrative ovvero provocare un ostacolo al loro concreto ed effettivo esplicarsi*»<sup>44</sup>.

Una simile ricostruzione sembra prospettare, dunque, un contrasto tra il principio delle pari opportunità e quello del buon andamento della pubblica amministrazione, contrasto che sembrerebbe, tuttavia, portare non già ad un bilanciamento tra gli stessi, come richiesto dal sistema costituzionale, ma al sacrificio del primo, le pari opportunità, a vantaggio del secondo, il buon andamento dell'amministrazione. In sostanza, una prospettiva conflittuale, che impone una scelta secca tra l'uno o l'altro, lontana dalla dimensione armonizzante e conciliante che connota l'impianto della Costituzione repubblicana.

Il riferimento alla decisione del Tar Puglia, in verità, richiede di precisare il contesto dal quale la pronuncia richiamata ha avuto origine.

Si tratta di una vicenda relativa alla composizione della giunta del Comune di Martignano (di poco più di 1500 abitanti), formata da tre uomini, il sindaco e due assessori, la cui nomina era avvenuta successivamente al tentativo, esperimento inutilmente dal Sindaco, di coinvolgere componenti di sesso femminile<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> *Ibidem*, Diritto, punto 4.1.

<sup>44</sup> *Ibidem*, Diritto, punto 4.2.

<sup>45</sup> Tar Puglia, Lecce, sentenza 8 gennaio 2020, n. 13, punto 4, «Ciò posto, dalla documentazione versata in atti si vince chiaramente che il Sindaco ha esperimento una preventiva adeguata attività istruttoria, preordinata ad acquisire la disponibilità allo svolgimento delle funzioni assessorili da parte di persone di sesso femminile, sia tra le consigliere elette, sia rivolta a cittadine non facenti

Va precisato che, in questa decisione, il giudice amministrativo non nega affatto l'effettività del principio delle pari opportunità, anzi conferma che «i principi di parità formale tra i generi e della pari opportunità negli organi collegiali hanno immediata applicabilità e operatività nell'ordinamento, essendo previsti in diverse fonti nazionali e comunitarie, quali l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 51, comma 1, cost., nonché l'art. 6, comma 3, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267<sup>46</sup>. Aggiunge anche che «secondo convincimento giurisprudenziale consolidato, da cui non si ravvisano ragioni per discostarsi» la parità tra i sessi e «conseguentemente le reciproche pari opportunità» devono essere garantite, «evitando che l'esercizio delle funzioni politico – amministrative sia precluso ad uno dei due generi, maschile o femminile (...)»<sup>47</sup>.

In questa prospettiva, il mancato rispetto del principio delle pari opportunità, pur possibile, deve però essere ancorato alla «effettiva impossibilità di assicurare, nella composizione della Giunta comunale, la presenza dei due generi nella misura stabilita dalla legge»<sup>48</sup>. Solo in questo caso, dunque, la composizione della giunta comunale potrà non rispecchiare la necessaria presenza di componenti di entrambi i generi; ma si tratta di un'eccezione, che deve avere fondate e adeguate motivazioni, così come era avvenuto nel caso di specie.

---

parte del Consiglio, ai sensi dell'art. 24, co. 2 dello Statuto Comunale. In particolare, con note prot. 1845, 1846 e 1847 del 3 giugno 2019 è stato chiesto alle 3 consigliere elette nella lista collegata alla candidatura del Sindaco la disponibilità ad assumere le funzioni assessorili, ma hanno tutte rifiutato espressamente la nomina con note prot. n. 1849, 1852 e 1856 del successivo 4 giugno. Ancora, rileva il Collegio che il decreto oggetto di gravame motiva espressamente in ordine all'avvenuto previo espletamento dell'attività istruttorie volta ad acquisire la disponibilità alla nomina di persone di sesso femminile e alle ragioni sottese alla mancata applicazione del principio delle pari opportunità. Invero, si legge testualmente nel provvedimento de quo: “considerato che è stata esperita dal sottoscritto una preventiva attività istruttorie, in atti, preordinata ad acquisire la disponibilità allo svolgimento delle funzioni assessorili da parte di persone di sesso femminile, sia tra le consigliere elette, sia rivolta a cittadine non facenti parte del Consiglio, ai sensi dell'art. 24, co. 2 dello Statuto Comunale; rilevato che non sono pervenute al sottoscritto disponibilità allo svolgimento delle funzioni assessorili da parte di persone di sesso femminile”, p. 9.

<sup>46</sup> A queste fonti il Tar Puglia aggiunge «Il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198), all'art. 1, comma 4, precisa che “l'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività”, e l'art. 6 T.U.E.L. (D. Lgs n.267/2000) prevede che “Gli statuti comunali e provinciali stabiliscono norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna ai sensi della legge 10 aprile 1991, n. 125, e per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende ed istituzioni da esso dipendenti”. Ancora, l'art. 4 dello Statuto Comunale rubricato “Pari opportunità” prevede: “Negli Organi Collegiali del Comune – Consiglio, Giunta, Commissioni; Comitati, Consulte ecc. ..., negli Enti ed istituzioni dipendenti dal Comune è garantita, per quanto possibile, la presenza di entrambi i sessi”», Tar Puglia n. 13/2020, punto 4, p. 7.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 8.

Il carattere particolare della vicenda esaminata ed oggetto della decisione del Tar Puglia del 2020, non sembra, in tal senso, prestarsi a possibili estensioni a casi e contesti differenti.

Ancora, riguardo al rapporto tra il principio del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione e il principio delle pari opportunità, può essere utile riprendere quanto affermato dal Tar Lazio, nella decisione del 22 aprile 2020, n. 7724, richiamando una precedente sentenza del 2011 citata<sup>49</sup>. In questa pronuncia, come già ricordato, il principio della parità di genere, inteso come «equilibrata partecipazione di uomini e donne», lungi dall'essere un ostacolo al buon andamento della pubblica amministrazione, come sembra ricavarsi dalle parole del giudice siciliano<sup>50</sup>, si rivela quale «nuovo strumento di garanzia di funzionalità, maggiore produttività, ottimale perseguimento degli obiettivi, trasparenza ed imparzialità dell'azione pubblica»<sup>51</sup>.

Di rilievo è anche l'affermazione del legame essenziale che unisce l'equilibrata presenza dei due generi non solo alla pienezza della rappresentanza democratica, «Organi squilibrati nella rappresentanza di genere, in altre parole, oltre ad evidenziare un deficit di rappresentanza democratica dell'articolata composizione del tessuto sociale e del corpo elettorale (il che risulta persino più grave in organi i cui componenti non siano eletti direttamente, ma nominati)»; ma anche alla efficacia di funzionamento dell'organo, «risultano anche potenzialmente carenti sul piano della funzionalità,» in quanto tale funzionalità potrebbe risultare compromessa dalla mancanza «dell'apporto collaborativo del genere non adeguatamente rappresentato»<sup>52</sup>.

Lo scenario, dunque, non è quello del conflitto tra i due principi, dell'intralcio dell'uno rispetto all'altro, ma è quello della reciproca integrazione e della comune partecipazione all'obiettivo della funzionalità e del migliore esercizio dell'azione pubblica.

Si tratta di una configurazione sicuramente più in armonia con il tessuto costituzionale, che sembra non dare ragione alla soluzione del Presidente della giunta regionale siciliana, di sostituire i due assessori dimissionari, un uomo e una donna, con due uomini, e di nominare successivamente una donna in esito alle dimissioni di un altro assessore, soluzione legata, come già ricordato, al differimento alla XVIII legislatura dell'entrata in vigore della previsione dell'art.

<sup>49</sup> Tar Lazio, sez. II, sentenza 25 luglio 2011, n. 6673.

<sup>50</sup> Tar Sicilia n. 2744/2021, Diritto, punto 4.2.

<sup>51</sup> Tar Lazio n. 6673/2011, Diritto, p. 15. Testualmente si legge: «l'equilibrata partecipazione di uomini e donne (col diverso patrimonio di umanità, sensibilità, approccio culturale e professionale che caratterizza i due generi) ai meccanismi decisionali e operativi di organismi esecutivi o di vertice diventa nuovo strumento di garanzia di funzionalità, maggiore produttività, ottimale perseguimento degli obiettivi, trasparenza ed imparzialità dell'azione pubblica», p. 15-16.

<sup>52</sup> Tar Lazio n. 6673/2011, Diritto, p. 15.

3.1 l. reg. n. 26/2020 e che per il Tar Sicilia «*appare ragionevole e coerente (con tutti i principi costituzionali), evitando di intervenire su un assetto politico-amministrativo già consolidato e formatosi sotto la attuale legislatura*»<sup>53</sup>.

Sotto questo profilo, poi, vi è un altro aspetto da evidenziare, cioè l'incertezza mostrata dal giudice amministrativo rispetto ai tempi di vigenza della disposizione dell'art. 3.1 della l. reg. n. 26/2020.

Se, infatti, in un primo momento si afferma che questa è rinviata alla XVIII legislatura e, pertanto, non è possibile chiederne applicazione oggi, ovvero nel corso della XVII legislatura<sup>54</sup>, successivamente si dice che nella attuale legislatura la quota di un terzo prevista dall'art. 3.1 viene rispettata, poiché dei tre assessori subentrati alla precedente composizione uno è di sesso femminile<sup>55</sup>. Quindi appare controversa la posizione del giudice amministrativo rispetto alla vigenza immediata o meno della disposizione dell'art. 3.1 l. reg. n. 26/2020.

Infine, la quota di un terzo degli assessori, da assegnare al genere meno rappresentato, viene riferita esplicitamente agli avvicendamenti successivi alla prima composizione, come prova della *buona volontà* dell'amministrazione regionale siciliana, ammettendo, come sembra, una sorta di applicazione parziale anticipata della disposizione, senza che ciò trovi riferimento in alcun testo normativo né in alcun orientamento giurisprudenziale<sup>56</sup>.

#### 7. *Ancora un lungo cammino per dare effettività al principio delle pari opportunità?*

Ciò che resta sullo sfondo è la vera questione che il giudice amministrativo siciliano non sembra aver voluto affrontare, cioè quella dell'effettività e cogenza immediate del principio delle pari opportunità, senza la necessità di alcuna mediazione del legislatore, sia esso nazionale o regionale.

<sup>53</sup> Tar Sicilia n. 2744/2021, Diritto, punto 5.

<sup>54</sup> Tar Sicilia, n. 2744/2021, Diritto, punto 4.1.

<sup>55</sup> Tar Sicilia, n. 2744/2021, Diritto, punto 4.3, 5.

<sup>56</sup> Un altro aspetto che merita attenzione è poi quello della qualificazione degli effetti del giudizio in via principale, ex art. 127 Cost. Risulta singolare che il Tar Sicilia affermi che «appare anche significativo che la legge regionale in argomento, nella parte in cui dispone di differire l'applicazione dell'art. 3, comma 1, della l. reg. n. 26/2020 alla prossima legislatura, non risulta essere stata impugnata dallo Stato dinanzi alla Corte costituzionale nei sessanta giorni dalla sua pubblicazione», Diritto, punto 5. Una simile affermazione, infatti, rischia di caricare il giudizio in via principale, e in questo caso la sua mancata attivazione da parte dello Stato, di una connotazione che, a modesto avviso di chi scrive, esso non possiede: una sorta di effetto preclusivo rispetto a futuri controlli di costituzionalità da attivare in via incidentale. Ciò potrebbe compromettere il carattere successivo del controllo di costituzionalità accolto dalla nostra Costituzione (con l'unica eccezione degli statuti delle regioni ad autonomia ordinaria), rivestendo quasi la legge regionale, non impugnata in via principale nei termini dell'art. 127 Cost., di una certificazione di conformità alla Costituzione.

Qui, forse, il tribunale amministrativo siciliano avrebbe potuto mostrare una maggiore apertura. Infatti, ammesso pure che le previsioni dell'art. 1.2 e 3 della l. reg. n. 26/2020 non lascino spazio a dubbi riguardo al momento di entrata in vigore di quanto stabilito dal successivo art. 3, e cioè la XVIII legislatura, vi era comunque la possibilità di guardare all'art. 51.1 Cost., che, come si è cercato di argomentare nelle pagine precedenti, viene già rivestito della qualità di principio immediatamente precettivo e vincolante.

In sostanza, senza bisogno di discettare sui contenuti della l. reg. n. 26/2020 e sui suoi tempi di applicazione, si sarebbe potuto riflettere direttamente e prima di ogni altra cosa sulla Costituzione.

E se il giudice siciliano non avesse ritenuto di poter accedere alla posizione sostenuta in più sedi dai giudici amministrativi di pari o superiore grado<sup>57</sup>, avrebbe sempre potuto scegliere la via dell'incidente di costituzionalità, già battuta dal Consiglio di Stato proprio nel corso di quest'anno, chiedendo al giudice costituzionale di fare chiarezza sulla natura del principio e dando, così, coerente sviluppo a quanto disseminato nelle decisioni 39 del 2005, 49 del 2010 e 81 del 2012.

Per questa via si sarebbe contribuito a quel processo di costruzione *incrementale* dei principi delle costituzioni democratiche, che le rende vitali e attuali, e si sarebbe allontanata la fastidiosa e ripetuta sensazione di un uso dello Statuto siciliano in funzione difensiva, come barriera che va sempre e comunque opposta a qualunque possibilità di cambiamento.

---

<sup>57</sup> Anche il Tar Lazio, nella decisione citata n. 6673/2011 afferma che «Al di là dei diversi approcci interpretativi, quel che al Collegio appare fuor di dubbio è che, anche a seguito della riforma dell'art. 51 introdotta con la legge costituzionale 30 maggio 2003 n. 1, il nostro ordinamento costituzionale pone il riequilibrio fra donne e uomini in generale e il principio della c.d. parità democratica nella rappresentanza, in particolare, come valori fondanti del nostro sistema ordinamentale, e che in detto contesto costituzionale si colloca il trend normativo che in questi ultimi anni, a livello sia primario che secondario, si caratterizza per l'introduzione di numerose prescrizioni orientate all'attuazione dell'obiettivo delle pari opportunità. Prescrizioni quindi che, a prescindere dalla possibilità di intendere il principio costituzionale come meramente programmatico invece che come immediatamente precettivo e cogente (la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale, partendo dalla sentenza n. 422 del 1995 fino ad arrivare alla sentenza n. 4 del 2010 appare evolversi decisamente nel senso dell'effettività e del carattere cogente delle norme sulla parità di genere), trovano legittimazione formale e sostanziale piena nel tessuto costituzionale.», Diritto, p. 14.

### **Abstract**

In questo breve scritto si analizza il difficile percorso per riconoscere effettività al principio delle pari opportunità, sancito dall'art. 51 Cost., nel nostro ordinamento costituzionale. Partendo dall'apertura della Corte Costituzionale espressa nella sentenza n. 4 del 2010, saranno esaminate alcune pronunce dei giudici amministrativi, di primo e secondo grado, che hanno assunto posizioni diverse sul tema dell'effettività del principio delle pari opportunità, fino all'ordinanza n. 4294 del 2021 del Consiglio di Stato, che ha sollevato una questione di legittimità di fronte alla Corte Costituzionale, sulla base della "natura immediatamente precettiva e non meramente vincolante" dell'art. 51 Cost.

#### Observations on the principle of equal opportunities effectiveness

The aim of this brief paper is to analyse the path to achieving gender balance (provided by Art. 51 of the Italian Constitution) in the Italian constitutional system. Departing from the Italian Constitutional Court judgement no. 4/2010, various Italian administrative court decisions will be examined. In addition, the recent Italian State Council judgement no. 4294/2021 will also be analysed: it declared that the gender balance principle is immediately mandatory and it does not need to be given legal effect by Parliament.

# Considerazioni critiche sul riparto di giurisdizione in materia di revoca dei finanziamenti pubblici: in particolare, il caso delle fattispecie assimilate agli accordi previsti dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241\*

di Fabrizio Tiganò

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Rilievi critici sulle vicende processuali in caso di revoca di finanziamenti pubblici. – 3. Il sindacato esperito dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo: alcuni aspetti problematici e fonte di perplessità in relazione all'effettività e alla pienezza della tutela. – 4. Il caso del recesso in materia di finanziamenti frutto di atti assimilati agli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

Il riparto di giurisdizione in materia di revoca dei provvedimenti concessori di contributi e sovvenzioni pubbliche discende da un rigoroso e consolidato orientamento dell'Adunanza Plenaria<sup>1</sup> e delle Sezioni Unite<sup>2</sup>.

In ragione di tale orientamento, mentre al giudice ordinario sono riservate le questioni susseguenti alla erogazione del finanziamento – in particolare, la revoca del beneficio – il giudice amministrativo è deputato a sindacare la precedente fase, più propriamente pubblicistica, ossia quella di erogazione del contributo o sovvenzione<sup>3</sup>.

---

\* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*.

<sup>1</sup> Ci si riferisce, evidentemente, alla nota Adunanza Plenaria n. 6 del 29 gennaio 2014, ove si considera irrilevante la formale qualificazione del provvedimento come revoca, muovendosi esso “nell'ambito di un rapporto ormai paritetico”, nel quale “l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato alle obbligazioni assunte per ottenere la sovvenzione”.

<sup>2</sup> F. GIGLIONI, *L'obbligo di predeterminazione dei criteri per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 669; A. AULETTA, *Gli ausili pubblici fra autorità e consenso*, Napoli, 2012; G.P. MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. CASSESE, III, *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, 3729 ss.

<sup>3</sup> Corte di cassazione, Sez. un., ordinanza del 30 luglio 2020, n. 16457: “La controversia promossa per ottenere l'annullamento del provvedimento di revoca di un finanziamento pubblico concerne una posizione di diritto soggettivo ed è pertanto devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le volte in cui l'amministrazione abbia inteso far valere la decadenza del beneficiario dal contributo in ragione della mancata osservanza, da parte sua, di obblighi al cui adempimento la legge o il provvedimento condizionano l'erogazione, mentre riguarda una posizione di interesse legittimo (con conseguente devoluzione al giudice amministrativo) allorché la mancata erogazione del finanziamento, pur oggetto di specifico provvedimento di attribuzione, sia disposta dall'esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione, la quale abbia inteso annullare il provvedimento stesso per vizi originari di legittimità o revocarlo per contrasto originario con l'interesse pubblico”; Id., ordinanza del 9 agosto 2018, n. 20683; Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4323: “In base al concordato orientamento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, deve ritenersi in materia di contributi e finanziamenti che: a) è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, quanto la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al

La ragione che sostiene siffatta divaricazione affonda nella tradizionale distinzione tra fase *genetica* dell'obbligazione, frutto di un procedimento amministrativo ove campeggiano poteri autoritativi, e fase *esecutiva* dell'obbligazione stessa, laddove il beneficiario del contributo o della sovvenzione è tenuto al rigoroso rispetto delle regole che presiedono al suo impiego – e dunque, in concreto, alla spesa – con relativi ed assai stringenti obblighi di rendicontazione<sup>4</sup>.

Orbene, se nella fase *genetica* si può parlare nitidamente di una relazione che vede l'esercizio di poteri pubblici, con una posizione del richiedente il beneficio qualificabile in termini di interesse legittimo, in quella *esecutiva*, erogato il contributo o la sovvenzione e stipulata la convenzione ad esso accessiva, non vi è più esercizio di potere, ma una relazione contrattuale paritetica, con il conseguente riconoscimento della titolarità di un diritto soggettivo perfetto<sup>5</sup>.

## 2. *Rilievi critici sulle vicende processuali in caso di revoca di finanziamenti pubblici*

La ripartizione della giurisdizione, siccome proposta dalla giurisprudenza costante, è ancorata a noti principi di rango costituzionale, segnatamente, gli artt. 24, 103 e 113; eppure, ad una analisi più attenta emergono alcune discrasie che rendono non pienamente convincenti le tesi dell'Adunanza Plenaria e delle Sezioni Unite, in particolare allorché sembrano dare per scontato che l'atto, adottato in conseguenza di un acclarato inadempimento agli obblighi discendenti dall'erogazione dell'ausilio finanziario, sia parificabile ad un recesso contrattuale, a prescindere dal *nomen* e dagli effetti prodotti.

Diverse obiezioni possono sollevarsi a fronte di siffatto orientamento.

---

*provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando la concessione del beneficio sia stata annullata o revocata per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse; b) qualora invece la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un inadempimento del beneficiario o dell'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si siano impugnati atti di revoca o di decadenza<sup>7</sup>.*

<sup>4</sup> Di recente, Consiglio di Stato, Sez. III, 18 dicembre 2020, n. 8156: *“In materia di controversie riguardanti la concessione o la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche, deve ritenersi che sono devolute alla giurisdizione del G.O., tra le altre, le controversie attinenti alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dello sviamento acclarato dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, anche se si faccia questione di atti denominati “revoca”, “decadenza” o “risoluzione, purché essi si fondino sull’inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tale evenienza, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all’inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione”.*

<sup>5</sup> A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, II agg., Milano, 1998, 966 ss.; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 273 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2001, 269 ss.; E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 27 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, *passim*.

La prima – forse la più evidente *primo ictu oculi* – è di carattere sistematico: operando nei termini proposti dalla costante giurisprudenza, si corre il rischio di dar luogo ad un sindacato dal respiro corto, sia per la differente portata della cognizione da parte del giudice civile e amministrativo sia per i differenti strumenti, in particolare quelli istruttori e cautelari, che caratterizzano le due giurisdizioni<sup>6</sup>.

È, infatti, innegabile che il giudice amministrativo sia più a suo agio nei confronti delle amministrazioni pubbliche, non solo per il *background* storico–culturale che lo caratterizza<sup>7</sup>, ma anche perché dotato di poteri istruttori officiosi (a prescindere dai noti limiti in materia di diritti soggettivi<sup>8</sup>), tesi a riequilibrare il *gap* informativo e documentale, in tesi (oggi, probabilmente, in misura più contenuta), esistente tra parte pubblica e privata<sup>9</sup>; inoltre, pur non potendo assicurare la tutela sommaria “anticipatoria” ex artt. 186 *bis* c.p.c. e ss. (un tempo prevista dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 e poi sostanzialmente espunta dal c.p.a.<sup>10</sup>), il giudice amministrativo è in grado di sospendere rapidamente l’atto lesivo (il *periculum*, dati gli importi, è, per lo più, *in re ipsa*, soprattutto quando la revoca sia seguita dalla cartella esattoriale), mentre il giudice ordinario può adattare alla specie la tutela ex art. 700 c.p.c., comunque non pienamente sovrapponibile a quella ex artt. 55 e ss. del c.p.a. (né è detto che il rito semplificato ex art. 702 *bis* c.p.c. sia sempre ammesso, anzi, sovente, la complessità delle vicende dedotte, richiede la conversione nel rito ordinario)<sup>11</sup>.

Peraltro, si tratta – ma questo è un dato di minore rilevanza, seppure si stima, in una certa qual misura, da tenere comunque in considerazione – di un sistema di riparto che crea un certo disagio e che, in effetti, pare mal digerito dagli stessi operatori del diritto, se si considerano le continue incertezze cui esso dà luogo circa la individuazione del giudice (giurisdizionalmente) competente, come testimoniano, tra l’altro, i numerosi arresti delle Sezioni Unite in sede di regolamento di giurisdizione, come anche le ripetute pronunce del giudice amministrativo che dichiarano il difetto di giurisdizione dinanzi all’azione di annullamento della determinazione di revoca.

<sup>6</sup> A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodo ed unità della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 1993, 107 ss.

<sup>7</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Il Processo*, 3, 2019, 587 ss.

<sup>8</sup> Per tutte, si rinvia a C.G.A., s.g., 23 giugno 2015, n. 460; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 187: “Oggi, soprattutto per l’estensione della giurisdizione esclusiva, operata nell’ultimo ventennio, solo parzialmente circoscritta dagli interventi della Corte costituzionale degli anni 2004–2006, l’esigenza di assicurare una tutela efficace dei diritti è divenuta ancora più stringente. A tale esigenza ha dato una prima risposta il codice, riprendendo e sviluppando motivi già presenti nella legge 21 luglio 2000 n. 205”.

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2013, n. 4880; Id., sez. IV, 25 maggio 2011 n. 3135.

<sup>10</sup> AA.VV., *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Napoli, 2018, 423 ss.

<sup>11</sup> A. TRAVI, *op. ult. loc. cit.*: “La tutela dei diritti è arricchita dall’ampiezza riconosciuta alle misure cautelari ..., dal nuovo quadro dei mezzi istruttori (art. 63 c.p.a.), dalla disciplina del procedimento per ingiunzione ... soprattutto dalla previsione generale di sentenze di condanna ... In questo modo sembra trovare riscontro il criterio secondo cui la tutela dei diritti soggettivi, assegnati alla giurisdizione esclusiva non deve essere qualitativamente inferiore a quella offerta dal giudice civile”.

Insomma, non può agevolmente sostenersi che sia indifferente soggiacere al sindacato dell'uno o dell'altro giudice, essendo per definizione (e salvo eccezioni, tendenzialmente) quello ordinario il giudice del *rapporto* e quello amministrativo il giudice dell'*atto*, con conseguenze affatto marginali.

Si consideri, peraltro, che la revoca di un finanziamento pubblico può essere frutto – anzi, spesso, lo è per note ragioni attinenti alla complessità e farraginosità della normativa in materia – di procedimenti istruttori approssimativi, condotti *ex post* e con documentazioni carenti, sopralluoghi mai (o tardivamente) eseguiti e così via. Se, dunque, è vero che occorre accertare il corretto impiego delle risorse erogate, una valutazione approfondita e specificamente relativa al *modus agendi* della pubblica amministrazione (e dell'ente di credito convenzionato) nel corso della procedura risulta sovente necessaria e talora determinante per lo scrutinio della decisione.

Il sindacato sul *rapporto*, in effetti, pare cogliere solo una parte, pur rilevante, delle varie e notoriamente articolate problematiche che incidono sulla corretta esecuzione delle obbligazioni incombenti sul privato: capita, ad esempio, che nel corso dell'investimento intervengano fattori esterni – sequestri giudiziari pluriennali ad esito assai vario disposti dal giudice penale, difficoltà, anche sopravvenute, legate alla compagine societaria beneficiaria o questioni di natura tecnica, ecc. – che solo con un certo sforzo vengono presi in considerazione dal giudice ordinario. In simili circostanze, le ricorrenti difficoltà “dialogiche” con la parte pubblica si risolvono tante volte in provvedimenti di revoca di finanziamenti accordati diversi anni prima, determinando rischi notevolissimi e inaccettabili anche in capo ai privati più diligenti.

Pur non ritenendo necessario indulgere sul punto, non sembra superfluo, altresì, rammentare che i procedimenti amministrativi intesi alla erogazione di sovvenzioni e contributi – secondo le regole poste, tra l'altro dall'art.12 della legge n. 241 del 1990<sup>12</sup> – sono spesso direttamente connessi a politiche sociali ed economiche di sviluppo dei territori e delle loro economie attraverso gli strumenti della programmazione negoziata. In particolare, hanno assunto un ruolo determinante i patti territoriali e gli accordi di programma, ponendo specifiche problematiche in tema di giurisdizione, di cui si dirà meglio *infra*.

Per altro verso, non può sottacersi il collegamento con valori costituzionali di rango primario, dagli artt. 2 e 5 all'art. 41, in ragione dell'evidente relazione tra lo sviluppo dei territori e l'esercizio di attività economiche favorite ed incentivate dalle politiche di investimento finanziate con risorse pubbliche<sup>13</sup>.

A rendere ulteriormente delicata la materia sta anche il fatto che, sovente,

<sup>12</sup> Così recita l'art. 12 della legge n. 241/1990: “1. La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. 2. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1”.

<sup>13</sup> AA.VV., *Profili costituzionali e risvolti amministrativi in tema di attività produttive*, a cura di P.L. MATTÀ e F. TIGANO, *Quaderni di diritto e processo amministrativo*, 22, Napoli, 2015.

gli importi erogati – in due (o tre) *tranchès* – presentano una certa consistenza; sicchè, il provvedimento di revoca è in grado di determinare gravissime situazioni di difficoltà negli operatori economici, i quali, da un lato, non sono in grado di restituire quanto già ricevuto (perché presumibilmente speso, o non più disponibile per le ragioni più disparate), dall'altro lato, normalmente subiscono l'immediata revoca dei fidi e delle scoperture bancarie necessari all'attività d'impresa, discendone l'apertura di procedimenti in sede fallimentare a prescindere dall'esito dell'eventuale contenzioso (la cui rapidità è esiziale), ove non si riesca a paralizzare tempestivamente l'atto di revoca in sede cautelare<sup>14</sup>.

Ciò non solo consiglia, ma impone di prevedere forme di tutela adeguate non limitate all'esame dei soli dati numerici – dei quali sol per questo non si disconosce la rilevanza – in grado di consentire la rappresentazione di situazioni ostative in fatto e in diritto alla corretta gestione dell'acconto, ma anche di far valere le negligenze dell'amministrazione erogatrice (come della banca convenzionata) dalle quali può essere derivata una non esatta rendicontazione.

Non può, cioè, legittimamente immaginarsi che le ricorrenti carenze procedurali, il tempo trascorso, la mancata vigilanza ed il mancato controllo possano superarsi d'*emblée* sul presupposto che quel che conta è esclusivamente l'analisi contabile in sede di rendiconto: a ragionare in tal senso vi è il rischio di attribuire rilievo decisivo al solo dato numerico, ancorché il quadro da tenere in considerazione sia sovente ben più ampio e variegato.

### 3. *Il sindacato esperito dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo: alcuni aspetti problematici e fonte di perplessità in relazione all'effettività e alla pienezza della tutela*

Le superiori considerazioni, che richiamano perplessità ben note e dunque non hanno la pretesa della novità (né della esaustività), forse non sono state tenute presenti dalla giurisprudenza, la quale ha impostato il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in termini di principio (lo si ribadisce: astrattamente condivisibile), probabilmente dando loro un peso non rilevante.

Sul piano della effettività della tutela, tuttavia, il sistema di riparto disegnato

---

<sup>14</sup> Si veda, ad es., l'ordinanza di rigetto, resa ex art. 700 c.p.c. dal Tribunale delle Imprese di Palermo, del 28 febbraio 2020 (giudizio r.g. n. 12582/2019) ove si afferma: “Ora, relativamente al *fumus boni juris* è bene premettere che il giudizio di merito ha ad oggetto non già l'annullamento dell'atto di revoca adottato dall'amministrazione ma l'accertamento del contributo effettivamente spettante all'impresa oggi ricorrente; in quest'ottica, i vizi strettamente procedurali dedotti dal ricorrente; in questa ottica, i vizi strettamente procedurali dedotti dal ricorrente in tale giudizio (e nel presente sub procedimento di inibitoria istaurato per assicurare l'utilità connessa alla futura pronuncia di merito), tra cui quelli di violazione dei termini del procedimento ex art. 2 l. 241/90, insufficienza della motivazione, contraddittorietà degli atti e carenza di istruttoria, non rilevano se non nella misura in cui si siano tradotti in una non corretta determinazione delle agevolazioni concesse al cui accertamento è volto il presente giudizio. Tanto in coerenza con l'usuale struttura del giudizio civile, incentrata non già sull'atto ma sul rapporto”.

dalle Sezioni Unite e dall'Adunanza Plenaria non convince pienamente: il sindacato del giudice ordinario è, come noto, piuttosto timido (se non del tutto assente) riguardo ai profili amministrativi che hanno condotto alla adozione del provvedimento di revoca, impegnato com'è sul solo versante della verifica circa la presenza o meno dell'inadempimento sul quale la revoca si fonda; davanti al giudice amministrativo, invece, possono essere fatti valere anche i vizi inerenti alla conduzione del procedimento, ai vizi dell'istruttoria e, in una certa misura, anche della motivazione.

Una tutela più estesa – frutto di una cognizione non parcellizzata dell'intero procedimento che ha condotto alla erogazione del finanziamento – parrebbe, quindi, preferibile anche in termini di principio, valorizzando la portata del diritto alla difesa e del giusto processo, ai sensi degli artt. 24 e 111 della Costituzione.

Ma vi è di più.

La tenuta del sistema di riparto della giurisdizione disegnato dalla costante giurisprudenza ha spesso mostrato incertezze nel corso delle singole (e specifiche) vicende processuali, rendendo necessario porre alcuni *distinguo*.

Invero, è emersa progressivamente la necessità di considerare se il provvedimento di revoca sia frutto di una contestazione direttamente attinente all'inadempimento rispetto ad una clausola convenzionale o latamente normativa. Vi sono, infatti, alcuni casi nei quali la revoca discende da un – più o meno espresso – esercizio di potere discrezionale, (ri)portando la giurisdizione davanti al giudice amministrativo data la presenza di una posizione di interesse legittimo.

Ciò ha condotto la Sesta Sezione del Consiglio di Stato – pur non riconoscendo l'Adunanza Plenaria n. 6 del 2014 – a rilevare che il criterio di riparto adottato talora vada in crisi, in quanto “*possono sorgere problemi applicativi, ogni volta che il procedimento di sovvenzione pubblica, pur prevedendo una valutazione discrezionale o tecnico-discrezionale ai fini dell'attribuzione di punteggi ai richiedenti e della formazione di una graduatoria delle domande ammissibili, sia strutturato in forme più complesse di quella elementare ... che registra una fase di concessione ... ed una fase di erogazione ... ciò che assume valore dirimente, non è tanto la collocazione del vizio riscontrato rispetto alla fase del procedimento, quanto invece la natura della situazione soggettiva su cui interviene il potere amministrativo (della quale, la collocazione nella sequenza delle fasi è soltanto indice rivelatore, e per questo motivo viene utilizzato nella ricostruzione offerta dalla Plenaria)*”<sup>15</sup>.

I dubbi (saggiamente) espressi da una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato rendono evidente come nella materia in esame (*id est*: la tutela giurisdizionale assicurata a fronte dell'adozione di atti di revoca dei finanziamenti pubblici) risulti talora assai complesso individuare, con assoluta certezza, quando ci si trovi dinanzi all'esercizio di poteri discrezionali (autoritativi) o negoziali (paritetici) e dunque al cospetto di interessi legittimi o diritti soggettivi.

Ciò, a maggior ragione, se si considera che la revoca di un finanziamento pubblico (a prescindere dalla singola vicenda dedotta), presenta un carattere tendenzialmente ancipite: è vero, infatti, che essa discende da un inadempimento,

<sup>15</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1914.

tale da avvicinarla ad un'ipotesi di recesso negoziale; è anche vero, però, che la medesima risolve l'atto autoritativo concessorio "a monte" e dispone la restituzione di quanto versato in acconto. Il provvedimento di "revoca/recesso", nella buona sostanza, non incide sulla convenzione accessiva – pur facendo, ovviamente, leva su essa – in forza del rilevato inadempimento, ma anzitutto sull'atto di erogazione del contributo, o meglio, sui suoi effetti, esattamente come avviene in caso di revoca. L'atto originario, pertanto, non viene annullato, mancando in specie alcun vizio di legittimità, ma ne è paralizzata l'efficacia, discendendone sia la mancata erogazione del saldo sia la restituzione dell'acconto.

Non vi è, a ben guardare, (forse, soltanto, v. *infra*) un recesso contrattuale, la cui efficacia investa esclusivamente la convenzione intervenuta *inter partes*, bensì la revoca *tout court* dell'intero contributo in ragione della violazione delle prescrizioni normative e convenzionali poste *ab initio*. Il contributo è, infatti, erogato previa adozione di un apposito provvedimento autoritativo, sottoponendo l'attuazione del programma di finanziamento alla normativa relativa (es., legge 19 dicembre 1992, n. 488) e alle circolari applicative, riportati nella convenzione accessiva al provvedimento concessorio. Pertanto, sostenere in senso assoluto che, in specie, siano assenti i profili autoritativi propri della revoca ed una valutazione inerente all'interesse pubblico significa, a ben guardare, dare evidenza solo ad una parte della complessa vicenda sottesa alla procedura amministrativa nella sua interezza. Ritenere, cioè, quale diretta conseguenza, che, a fronte di un simile provvedimento la posizione sia sicuramente di diritto soggettivo, urta *in primis* con la presenza delle garanzie procedurali poste dalla legge n. 241 del 1990 e poi anche con l'obiettivo refluenza del provvedimento di recesso/revoca sull'atto originario di concessione.

#### 4. *Il caso del recesso in materia di finanziamenti frutto di atti assimilati agli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990*

Si consideri ancora, in linea con quanto testé evidenziato (da tenere presente nel prosieguo del discorso), che la regola di riparto della giurisdizione, posta in termini di principio, presenta una tenuta limitata quando – e non è infrequente che accada – ci si trovi dinanzi ad atti convenzionali (ad es., di pianificazione e sviluppo dei territori, cui è indirizzato l'intervento pubblico), dai quali il finanziamento discende *de plano* e dai quali è pressoché integralmente regolato.

Infatti, in materia di patti territoriali, in considerazione della loro ricono-

sciuta natura di accordi procedimentali<sup>16</sup>, la giurisprudenza<sup>17</sup>, ai sensi dell'art. 11, comma 5, l. n. 241/1990 ed in virtù dell'art. 133, comma 1, lett. a) del c.p.a. (ove la disposizione, già contenuta nella legge sul procedimento amministrativo è refluita), ha affermato ricadersi in una fattispecie rientrante nella giurisdizione amministrativa esclusiva<sup>18</sup>.

Tale riconoscimento è frutto di una serie di riflessioni della dottrina, la quale ha assegnato un ruolo generale e di principio alla disciplina dettata dall'art. 11, considerandolo, nella buona sostanza, il nuovo statuto della amministrazione consensuale<sup>19</sup>. Il “valore” dell'anzidetta norma, perciò, non starebbe tanto nell'aver introdotto nuove fattispecie di accordi tra privati e pubblica amministrazione, quanto nell'aver dettato una disciplina—quadro, all'interno della quale sono codificate le regole fondamentali che vi presiedono<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 12 marzo 2015, n. 427; Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 220; T.A.R. Toscana, Fi, Sez. II, 6 dicembre 2012, n. 1954; T.A.R. Sicilia, Ct, 17 aprile 2012, n. 1023; Id., Sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 3028; T.A.R. Calabria, Cz, Sez. II, 7 luglio 2011, n. 988; Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 741; Id., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2244; T.A.R. Sicilia, Ct., Sez. IV, 17 aprile 2012, n. 1023.

<sup>17</sup> Consiglio di Stato, 5 novembre 2004, n. 7180.

<sup>18</sup> Tra le altre, Corte di Cassazione, Sez. un., 23 marzo 2009, n. 6960; Id., 8 luglio 2008, n. 18630; Id., 29 marzo 2013, n. 7940.

<sup>19</sup> N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 ss.; N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, Milano, 1996; Id., *Accordi pubblici*, Enc. dir., Agg., V, Milano, 2001, 1 ss.; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa negoziale*, in *Dir. Amm.*, 2003, 217 ss.; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; Id., *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Torino, 1993; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d., ma 1965; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; F. TRIMARCI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, 1993, 238 ss.; S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, 2004.

<sup>20</sup> M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi...*, cit., 138; in tema di revoca, pare sufficiente rinviare, altresì, a: R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; Id., *Revoca (diritto amministrativo)*, in *Nss. dig. it.*, XV, Torino, 802; V. PAPARELLA, *La revoca degli atti amministrativi*, Bari, 1980; E. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 597 ss.; E. GUICCIARDI, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, 267; E. CANNADA BARTOLI, *Abrogazione*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1959, 157 ss.

Al di là delle perplessità sopra manifestate<sup>21</sup>, tenendo presente un fondamentale lavoro in materia di revoca dei provvedimenti amministrativi (e di tutela del terzo) di Maria Immordino, si stima il caso di spendere alcune considerazioni che ulteriormente profilano possibili tratti di incongruenza negli orientamenti giurisprudenziali fin qui maturati<sup>22</sup>.

Le considerazioni, in sintesi, sono due.

In primo luogo, non può che ribadirsi come la giurisdizione e l'ampiezza della tutela dipendano dalla presenza o meno, a monte, di atti consensuali e non soltanto dalla presenza di una situazione giuridica soggettiva qualificabile in termini di interesse legittimo o diritto soggettivo. Non sembra, peraltro, superfluo, riannodando i fili del discorso fin qui svolto, rammentare che, pur previste *ex lege* le materie riservate alla giurisdizione esclusiva, spetta comunque al giudice amministrativo, in sede processuale, individuare, anche in queste specifiche ipotesi, la presenza di un diritto o di un interesse, in ragione delle conseguenze che ne discendono. Restano fermi, pertanto, i tratti problematici sopra evidenziati perché influenti sui poteri del giudice, ancorché irrilevanti a fini di riparto<sup>23</sup>.

Lo spostamento della giurisdizione, che, normalmente non dovrebbe determinare sfasature evidenti nella tutela, in questo caso – in una misura che appare particolarmente sensibile (non è una novità la diversa caratura dei poteri del giudice ordinario e del giudice amministrativo, ovviamente) – si traduce nella possibilità di proporre censure diverse: quando, infatti, il provvedimento di revoca appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la tutela che quest'ultimo assicura comprende i vizi procedimentali e provvedimentali (i vizi, in sostanza, inerenti alla gestione del potere nel suo complesso) come anche l'esame circa l'adempimento agli obblighi convenzionali propri del provvedimento concessorio<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> In proposito, sia consentito il rinvio al nostro *Determinazioni di revoca dei finanziamenti pubblici in materia di patti territoriali e tutela giurisdizionale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2018.

<sup>22</sup> M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi...*, cit., *passim*; v. anche Id., *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Riv. tim. dir. am.*, 1997, 103 ss.

<sup>23</sup> Sul carattere generale del criterio di riparto di giurisdizione fondato sulle situazioni giuridiche dedotte e sulla deroga a tale criterio rappresentata dalle materie di giurisdizione esclusiva, si rinvia, *ex pluribus*, a: A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoa, Torino, 2006, 105 ss.; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; AA.VV., *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204. Atti del Convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la p.a. (Lucera, 2005)*, a cura di E. FOLLIERI, Milano, 2006; F. FRANCIARIO, *Forme e tecniche di tutela del diritto soggettivo nei confronti della p.a., in Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 317 ss.

<sup>24</sup> In proposito, assai chiara l'ordinanza del C.G.A. in s.g., n. 484 dell'8 luglio 2016, la quale accoglie la domanda cautelare “*Considerato che, ad un primo esame, sembrano fornite di fumus boni juris le censure con le quali si denunciano i vizi dell'atto impugnato consistenti nella violazione delle regole partecipative, nella inadeguatezza dell'istruttoria e nella insufficienza della motivazione?*”, vengono, cioè, esaminate favorevolmente censure che non avrebbero avuto ingresso dinanzi al giudice ordinario.

Ne deriva una *geometria variabile* della giurisdizione, affatto propria del riparto per situazioni giuridiche soggettive o per materia, nel senso che è differente la latitudine delle censure proponibili e scrutinabili anche quando ci si trovi nella fase esecutiva, ossia dinanzi ad un provvedimento di recesso/revoca del finanziamento, determinando, così, una sensibile differenza quanto alla tutela erogata.

In secondo e non meno rilevante luogo, l'estensione della giurisdizione esclusiva, in quanto frutto della assimilazione dei patti territoriali e degli accordi di programma alla generale categoria degli accordi ex art. 11 della legge n. 241 del 1990, è, in sé, parimenti discutibile in relazione ai presupposti dai quali discende l'affermato riparto di giurisdizione. Tale assimilazione, anzi, mostra una fondamentale contraddizione in grado di mettere in crisi (se non *in toto*, sicuramente *in parte qua*) il sistema costruito dall'Adunanza Plenaria e dalle Sezioni Unite.

La contraddizione è la seguente.

Come detto, l'art. 11 della legge n. 241 del 1990, al comma 4, contiene una clausola che prevede la facoltà – diremmo meglio: l'obbligo – di recesso dall'accordo per motivi sopravvenuti di pubblico interesse<sup>25</sup>, facendo salva la corresponsione di un indennizzo<sup>26</sup>.

Costituisce un dato su cui la dottrina si è ampiamente consolidata quello per il quale, in realtà, non si tratta di una ipotesi di recesso negoziale (ex art. 1373 c.c.), bensì dell'esercizio del potere di autotutela, precisamente di *autotutela legata*<sup>27</sup>, con una fondamentale differenza (diremmo in latitudine e non in longitudine): diversamente dalla revoca "ordinaria" – per la quale vige attualmente l'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 (invero, antecedente al comma 4 dell'art. 11) – il "recesso" dall'accordo è consentito solo per *sopravvenuti motivi di interesse*

<sup>25</sup> "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato".

<sup>26</sup> Aspetto, peraltro, opportunamente criticato da M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 196: "con la norma in questione la linearità dell'istituto, perlomeno sul piano della funzione cui esso assolve e dei presupposti per il suo operare, è stata invero messa in discussione. L'indennizzo, infatti, così come è conosciuto nel nostro ordinamento, sia a livello di legislazione primaria sia a livello di costituzione, esprime la scelta del legislatore di tenere parzialmente immune il cittadino dalle conseguenze patrimoniali subite a seguito dello svolgimento di un'azione legittima da parte dell'amministrazione. Laddove ... è stato previsto con riferimento non ad un'azione legittima della pubblica amministrazione, bensì con riferimento ad un'azione illegittima, che in quanto tale, dovrebbe trovare altri strumenti di sanzione".

<sup>27</sup> Secondo il fondamentale insegnamento di V. CERULLI IRELLI, (*Corso di diritto amministrativo*, Torino 2002, 495 ss.), "l'accordo sostitutivo del provvedimento non avrebbe potuto essere senz'altro soggetto al regime dell'autotutela, salvo a vanificarne la stessa ragion d'essere; nè, d'altro canto, avrebbe potuto esserne del tutto immune, lasciando l'Amministrazione priva di ogni capacità di intervento unilaterale sul rapporto anche in situazioni di necessità. Da qui la via di mezzo seguita dalla norma che contempla una forma di autotutela, ma tuttavia legata"; in sostanza, "il potere di autotutela decisoria è ... in primo luogo legato nella sua causa: può esercitarsi solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, e non per altri motivi. Ed è perciò legato ancora nella sua struttura e forma e nei suoi effetti: si estrinseca nel c.d. recesso unilaterale, ascrivibile al modello della revoca – abrogazione ... e non in altri tipi ... Ma ancora il potere di autotutela è legato per ciò che concerne uno dei suoi effetti espressamente previsto dalla norma: e cioè l'obbligo di indennizzare gli «eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato»".

*pubblico*, non *melius re perpensa*<sup>28</sup>. Si tratta, dunque, di una specifica ipotesi di revoca – parimenti garantita da un indennizzo – ancorché la norma, parli di *recesso*<sup>29</sup>.

Stando così le cose, l'assimilazione della revoca dei finanziamenti pubblici in presenza di accordi e convenzioni in genere al recesso contrattuale e la correlativa applicazione della clausola posta in origine al comma 5 dell'art. 11 e poi refluita nell'art. 133, comma 1, lett. a) c.p.a., parrebbe, invero, affetta da una certa incoerenza: se, cioè, il recesso dall'accordo va inteso quale espressione del potere di revoca, sostenere – come fanno le Sezioni Unite e l'Adunanza Plenaria – che, al di là del *nomen*, il provvedimento (di revoca, appunto) adottato nella materia dei finanziamenti pubblici sia da intendere alla stregua di un recesso contrattuale, non pare corretto.

In senso generalissimo, la stessa applicazione dell'art. 133 c.p.a. è, per la verità, discutibile, dal momento che la norma fa riferimento alle controversie in tema di “*formazione, conclusione ed esecuzione*” degli accordi, ove la *revoca/recesso* rientra “a fatica”, considerato che la deroga all'ordinario criterio di riparto è operata da norme speciali di tassativa interpretazione.

A prescindere da questo preliminare rilievo – superato *de facto*, proprio per garantire l'omogeneità della tutela – resta fermo che, in specie, l'estensione della giurisdizione esclusiva non può determinare una modifica della natura dell'atto, se si muove dal presupposto, che parrebbe pacifico, secondo cui si tratta di revoca e non di recesso.

Quel che ne discende, su un piano sistematico sembra ben più rilevante, perché il medesimo atto verrebbe considerato ora un provvedimento, frutto dell'esercizio dei poteri di autotutela, ora un atto negoziale.

Partendo dal presupposto che, in specie, la giurisdizione esclusiva è ragionevolmente e condivisibilmente estesa alle controversie che nascono dal “recesso” da finanziamenti preceduti da atti consensuali, non vi è ragione per differenziare tale ipotesi da quella “ordinaria” di “recesso”. Ma se non vi è ragione per operare alcuna differenza relativamente all'atto, ne discende *a contrario* che, se è assimilabile alla revoca il *recesso* dall'accordo, parimenti deve ritenersi per quel che concerne l'ordinaria *revoca* del finanziamento.

Questa contraddizione non è, in fondo, del tutto sconosciuta alla giurispru-

---

<sup>28</sup> Sul punto, per brevità, sia consentito rinviare a *Gli accordi procedurali*, Torino, 2003, nonché a *Commento all'art. 11*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 662 ss.

<sup>29</sup> In proposito, M. IMMORDINO, *Revoca...*, cit., 142, parla di “*un rapporto di sostanziale equivalenza tra recesso e revoca*”, segnalando, tra le conseguenze di tale assimilazione, la “*possibilità di estendere alla revoca il regime giuridico previsto per il recesso in punto di presupposti e conseguenze patrimoniali*”. Ed infatti, sulla premessa – qui condivisa – che gli accordi ex art. 11 abbiano natura pubblicistica, “*si può dire provato che anche il recesso costituisce espressione di un potere pubblico, assimilabile alla revoca del provvedimento unilaterale*” (p. 150) e, conclusivamente, in funzione del principio di efficienza, che “*esiste dopo la 241 una perfetta equiparazione tra revoca e recesso: equiparazione che non esplica i suoi effetti, ..., solo sul piano della fattispecie contrattuale ivi disciplinata ma invece si estende anche a tutte le ipotesi di revoca presenti nell'ordinamento*”.

denza, la quale, non a caso, prova ordinariamente a superarla distinguendo tra forma del provvedimento e *substantia* dello stesso.

Le superiori considerazioni lasciano, tuttavia, la sensazione che qualcosa sfugga alle Sezioni Unite ed all'Adunanza Plenaria, sensazione palpabile nello sforzo di contraddire un dato reale, laddove i finanziamenti pubblici vengono effettivamente ritirati attraverso un provvedimento di revoca (frutto di apposito procedimento amministrativo) e quindi con l'esercizio di poteri pubblici.

Si è, invece, dell'idea che, come sostenuto in altra articolata ordinanza di rimessione, dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato<sup>30</sup>, le controversie in materia di revoca dei contributi, finanziamenti e/o sovvenzioni pubbliche in genere dovrebbero essere sottoposte alla cognizione del giudice amministrativo – se

---

<sup>30</sup> Gli argomenti criticamente proposti, in sede di rimessione, dalla Sesta Sezione, con ordinanza del 15 luglio 2013, n. 3789, sono i seguenti: “a) il potere di autotutela della P.A., esercitato mediante un atto di revoca (o di decadenza), in base ai principi del *contrarius actus*, incide di per sé sempre su posizioni d'interesse legittimo (come si evince dalla pacifica giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato attinente ai casi in cui una concessione di un bene pubblico o di un servizio pubblico sia ritirata per qualsiasi ragione, anche nell'ipotesi d'inadempimento del concessionario); b) l'art. 7 del codice del processo amministrativo dispone che il giudice amministrativo ha giurisdizione nelle controversie “riguardanti provvedimenti, atti (...) riconducibili anche mediatamente all'esercizio” del potere pubblico, fra i quali rientrerebbe anche il provvedimento di ritiro di un precedente atto a sua volta di natura autoritativa; c) la configurabilità di un potere autoritativo e di un correlativo interesse legittimo, in presenza dell'esercizio del potere di autotutela, risulta più rispondente alle esigenze di certezza del diritto pubblico (divenendo l'atto di revoca inoppugnabile, nel caso di mancata tempestiva impugnazione) ed a quelle di corretta gestione del denaro pubblico, poiché l'esercizio del medesimo potere autoritativo agevola non solo il rapido recupero della somma in ipotesi non dovuta, ma anche la conseguente erogazione dei relativi importi ad altri soggetti, con ulteriori atti aventi natura autoritativa (onde neppure si giustificerebbe sul piano della logica giuridica l'attribuzione alla giurisdizione civile della controversia riguardante la legittimità dell'atto di ritiro, mentre indubbiamente sussiste quella amministrativa per le controversie riguardanti la fase di ulteriore attribuzione delle risorse recuperate a seguito dell'atto di ritiro); d) la sussistenza della giurisdizione amministrativa potrebbe anche essere affermata, in via esclusiva, in considerazione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990, riguardante i “provvedimenti attributivi di vantaggi economici”, che disciplina la “concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari”, attribuendo il *nomen iuris* di concessione a qualsiasi provvedimento che disponga l'erogazione del denaro pubblico. Sotto tale profilo, potrebbe, allora, risultare rilevante l'art. 133, comma 1, lettera b), cod. proc. amm. sulla sussistenza della giurisdizione esclusiva per le “controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici”. e) la portata applicativa delle disposizioni di legge sopra richiamate non sarebbe riducibile in via interpretativa, per il rilievo da attribuire all'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha condotto all'approvazione del codice del processo amministrativo, disponendo che il riassetto del medesimo dovesse avvenire “al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele”. Infatti, la finalità di adeguamento alla giurisprudenza della Corte costituzionale ha consentito l'elaborazione dell'art. 7 del codice, ripetitivo di espressioni contenute nelle sentenze della Corte stessa 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191”; f) la necessità di assicurare la concentrazione delle tutele, con conseguente attribuzione “attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie riguardanti – per il tramite dell'esercizio del potere di autotutela – il ritiro dei provvedimenti “attributivi di vantaggi economici”, aventi *ex lege* natura concessoria, e dunque delle controversie che peraltro già di per sé potevano essere riferite ai rapporti inerenti alla concessione di un bene pubblico (il denaro), prima ancora delle modificazioni disposte dal codice del processo amministrativo”

conseguenti ad accordi in sede esclusiva, altrimenti in sede di legittimità – anzitutto perché si tratta di un atto autoritativo che refluisce direttamente sul provvedimento di erogazione del beneficio; inoltre, perché ciò garantirebbe univocità di indirizzo, sindacato, ampiezza di censura e poteri giurisdizionali e consentirebbe di superare in via definitiva ogni incertezza circa l'individuazione del Giudice, da cui il continuo pronunciamento delle Sezioni Unite in sede di regolamento di giurisdizione<sup>31</sup>.

La soluzione, pertanto, potrebbe, semplicemente, essere, tenendo conto anche delle osservazioni proposte a suo tempo da Maria Immordino – la quale, con riferimento al tema degli accordi ex art. 11, l. n. 241/1990, parla, non a caso, di *recesso/revoca*<sup>32</sup> – quella di riconoscere al provvedimento in questione la sua reale natura di revoca, abbandonandone l'incerta qualificazione in termini di recesso negoziale, dalla quale analoghe incertezze discendono sul riparto di giurisdizione e sulla conseguente tutela processuale.

Ciò consentirebbe, in un'ottica di sistema, di ricomporre opportunamente l'evidente discrasia tra *forma* e *sostanza* del provvedimento, giustificata, come pure si diceva, dal fatto che i provvedimenti oggetto di sindacato presentano indubbiamente una *facies* assimilabile alla revoca e non al recesso, cui è collegata la presenza dell'interesse legittimo piuttosto che del diritto soggettivo, anche tenuto conto del fatto che il soggetto pubblico erogatore è nelle condizioni di disporre *inaudita altera parte* la revoca del contributo (e di ottenerne, in forza di potestà a carattere esecutorio, la restituzione).

##### 5. *Brevi osservazioni conclusive*

Si è consapevoli del fatto che il quadro fin qui tratteggiato non può ritenersi completo ed esaustivo, se non altro, per le tematiche coinvolte (tra le altre, il riparto di giurisdizione, le situazioni giuridiche soggettive e la loro tutela, i poteri del giudice ordinario e di quello amministrativo).

Di certo, però, quanto si è andati via via rilevando può costituire una base per (ri)aprire e, in una certa qual misura, ridiscutere gli orientamenti fin qui maturati in giurisprudenza in tema di riparto di giurisdizione nella materia della revoca dei contributi pubblici.

Ammesso, infatti, che i rilievi formulati possano superarsi con altre argomentazioni plausibili – comprese quelle da cui è disceso il “contestato” indirizzo giurisprudenziale – la delicatezza della materia non ne può soffrire, semmai può arricchirsi di certezze e consapevolzze utili a sgombrare il campo dai dubbi prospettati, sia per quanto riguarda il sindacato esperibile, sia per quanto riguarda il giudice dotato di giurisdizione, sia per quanto riguarda il caso delle fattispecie attratte nell'orbita degli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990.

<sup>31</sup> Tra le altre, Corte di Cassazione, Sez. un., 23 marzo 2009, n. 6960; Id., 8 luglio 2008, n. 18630; Id., 29 marzo 2013, n. 7940.

<sup>32</sup> M.IMMORDINO, *Recesso...*, *op. ult. loc. cit.*

In estrema sintesi, sono state evidenziate, tra l'altro, alcune ambiguità, se non vere e proprie contraddizioni, nel sistema delineato dalle Sezioni Unite e dall'Adunanza Plenaria, facendo ricorso al tradizionale riparto fondato sulle situazioni giuridiche dedotte ed accertate in sede processuale dal giudice adito.

È risultato, *in primis*, come, con particolare riferimento al caso della revoca in materia di contributi pubblici, il sindacato del giudice ordinario e del giudice amministrativo presenti caratteri molto diversi, incidendo sui vizi deducibili e sulle stesse domande: il giudice ordinario non annulla l'atto di recesso, ne accerta l'illegittimità e lo disapplica; il giudice amministrativo, accertata l'illegittimità, lo annulla anche per vizi attinenti alla fase istruttoria e procedimentale e non solo relativi al rapporto, ossia alla violazione degli obblighi scaturenti dalla erogazione della prima *tranche* di finanziamento da rendicontare opportunamente. La stessa dottrina che ha affrontato il tema delle nuove frontiere della giurisdizione esclusiva ha, peraltro, sottolineato come esista uno iato tra le due forme di tutela legato anche alla “*mancata evoluzione della giurisdizione esclusiva in termini di pienezza della tutela*”<sup>33</sup>.

È stata messa in discussione, inoltre, la scissione tra forma e *substantia* dell'atto di revoca operata dalla giurisprudenza, laddove al *nomen* “revoca”, corrisponde un “recesso”, attribuendo all'atto stesso una caratura negoziale e paritetica riferibile a posizioni di diritto soggettivo, il cui sindacato, secondo l'ordinario criterio di riparto è rimesso alla giurisdizione del giudice ordinario.

A parte la forzatura insita nell'anzidetta scissione, si è fondamentalmente osservato che essa crea più problemi di quanti non ne risolva, recando incertezza – in una materia assai delicata, anche per gli importi dei finanziamenti erogati – in grado di mettere in grave difficoltà gli stessi operatori nel momento in cui ritenessero – come è loro precipua facoltà costituzionalmente riconosciuta – di voler adire la via processuale per contestare l'operato dell'amministrazione. Da questo punto di vista, pare ben più consigliabile un giudice, come quello amministrativo, in possesso di poteri istruttori maggiormente “tarati” sulla complessità dei procedimenti e sensibile ai vizi che possono – come spesso accade – inficiarne la legittimità.

La *preferenza* per la giurisdizione amministrativa non è, ovviamente, da intendersi come preconceita.

Il giudice ordinario ha dimostrato, in numerose decisioni, di essere attento e pragmatico, in grado di dipanare le “matasse amministrative” con lucidità e competenza. Le perplessità testé manifestate, dunque, non si appuntano – è bene precisarlo – sull'operato di quest'ultimo, bensì sul sistema di riparto in sé, laddove la fluidità delle relazioni fa sì che, sovente, diritti ed interessi non siano distinguibili,

<sup>33</sup> A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, op. loc. cit.: “Gli interventi della giurisprudenza amministrativa e di quella costituzionale, tuttavia, se hanno riconquistato le necessarie garanzie di tutela ai diritti soggettivi, hanno al contempo ulteriormente radicato la differenza di tutela fra questi ultimi e gli interessi legittimi. È solo a tutela di diritti soggettivi, infatti, che il giudice non restringe l'area della propria cognizione alla legittimità dell'atto da essa posto in essere, ma si spinge ad indagare il rapporto giuridico controverso”.

così come i poteri discrezionali e quelli latamente negoziali. Nell'atto di recesso vi è, cioè, una intrinseca quanto ineliminabile commistione di profili autoritativi e paritetici, tale che, anche adottando il criterio secondo il quale la prima fase (erogazione del finanziamento) ha carattere pubblicistico (con correlato l'interesse legittimo) e la seconda fase, *post* rendicontazione della prima *tranche* di erogazione del contributo, carattere negoziale, in quanto fase esecutiva (con correlato il diritto soggettivo), restano sempre margini per una valutazione in concreto circa l'effettivo esercizio di poteri discrezionali.

Va anche considerato che, pur distinta in fasi, la sequenza di atti e di attività di cui sono corredati i procedimenti in materia di erogazione dei contributi pubblici ha, in sé, una unitarietà complessiva, tanto che è proprio dei procedimenti in specie il principio secondo il quale l'erogazione del contributo non è definitiva fino all'approvazione del rendiconto finale, nel senso che l'acconto disposto inizialmente (o gli acconti, quando il procedimento, come pure accade, si articola in tre fasi) può sempre essere revocato in uno al provvedimento di assegnazione<sup>34</sup>.

Quale che sia il giudice che operi il sindacato, cioè, difficilmente la sua cognizione si muove a compartimenti stagni (come nel caso della risoluzione dei contratti pubblici, cui è estranea la fase dell'aggiudicazione), ma richiede un esame complessivo dell'intera sequenza procedimentale, tanto che, come si è visto, in alcune ipotesi, il recesso può anche discendere dall'esercizio di poteri discrezionali e quindi appartenere, secondo il criterio "ordinario", alla giurisdizione amministrativa di legittimità.

Ulteriore elemento significativo discende dalla applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. a n. 2, c.p.a. per il caso in cui il contributo sia inserito in un contesto pattizio e latamente consensuale. In siffatta ipotesi, si è ritenuta applicabile la detta clausola di giurisdizione esclusiva, sicché, anche per la revoca del finanziamento, l'azione va promossa dinanzi al giudice amministrativo anziché al giudice ordinario.

Senonché, il recesso dagli accordi, per comune e condivisa opinione, è espressione di autotutela (c.d. "autotutela legata") ed è assimilato alla revoca, a dispetto del *nomen*. Da ciò la seguente contraddizione: alla revoca di un finanziamento pubblico, generalmente, viene riconosciuta natura negoziale, assimilandolo al recesso; quando lo stesso atto ricade nel raggio d'azione dell'art. 11, l. n. 241/1990, gli va riconosciuta la natura di revoca e non di recesso. Ne discende che il medesimo atto assume valenza, sul piano del regime giuridico, differente, secondo che discenda o meno da un accordo ex art. 11.

---

<sup>34</sup> In sede di giurisdizione esclusiva, il C.G.A. in s.g., 28 dicembre 2020, n. 1206, quanto alla definitività del contributo erogato, si è espresso nei seguenti termini: "Il contributo può essere ritenuto provvisorio solo in relazione alla corretta realizzazione dell'iniziativa imprenditoriale; ma una volta che l'investimento sia stato effettuato in conformità al programma, il finanziamento nella sua quantificazione originaria può essere rivisto solo attraverso un atto di autotutela, ricorrendone i presupposti. Provvisorietà e definitività del contributo costituiscono, quindi, nozioni che si collocano sul piano dell'adempimento contrattuale, del rapporto, non del provvedimento di concessione che è sempre definitivo, con la conseguenza che trovano applicazione le regole ordinarie in tema di prescrizione".

Da quanto sopra potrebbe, in tesi, trarsi argomento per sostenere la natura pubblicistica di ogni provvedimento di revoca nella materia dei contributi pubblici.

A tale argomento potrebbe obiettarsi che si tratta di atti che producono il medesimo effetto, ma che sono riconducibili a fattispecie non sussunte sotto lo stesso regime giuridico. Una simile obiezione risulterebbe, tuttavia, se non accompagnata da ulteriori appigli sul piano sistematico, alquanto fragile.

In effetti, non è detto che il recesso dall'accordo sia pienamente assimilabile a quello (per comodità espositiva, già definito) "ordinario".

Resta, però, questa inconciliabile discrasia, che, se non ci fosse la clausola di giurisdizione esclusiva, sarebbe, in potenza, in grado di mettere in crisi il riparto di giurisdizione, così come costruito dalle Sezioni Unite e dall'Adunanza Plenaria.

In ragione di quanto si è detto, dunque, trova ragion d'essere l'assunto iniziale, secondo il quale l'attuale riparto in tema di revoca dei finanziamenti pubblici meriti di essere riconsiderato, vuoi per rivederlo, vuoi anche per confermarlo.

Tale riconsiderazione, ovviamente, deve essere libera da prese di posizione preconcrete, essendo il suo fine ultimo quello di evitare che la risposta dell'ordinamento, in settori assai delicati, come quello della programmazione territoriale e delle attività produttive in genere, risulti inadeguata e fundamentalmente inappagante.

### **Abstract**

Il presente contributo si interroga sulla tenuta e sulla utilità del riparto di giurisdizione seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui l'interesse legittimo – con relativa giurisdizione amministrativa – si radica fundamentalmente nelle controversie aventi ad oggetto il riconoscimento e l'erogazione del contributo, mentre il diritto soggettivo – con relativa giurisdizione ordinaria – riguarda ogni questione successiva, in particolare la revoca.

Considerations on the allocation of jurisdiction over the acts of withdrawal of public funding

The essay aims to critically examine the tightness and usefulness of the judicial division followed by the Joint Civil Sections of the Court of Cassation and the Plenary Session of the Council of State, according to which the legitimate interest – with relative administrative jurisdiction – is fundamentally rooted in disputes concerning the recognition and disbursement of the contribution, while the subjective right – with relative ordinary jurisdiction – concerns every subsequent question, in particular the withdrawal of public funding.



# L'appello avverso il decreto cautelare monocratico *ex art. 56 c.p.a.*: una lettura costituzionalmente orientata a garanzia del principio di effettività della tutela

di Marco Cecili

SOMMARIO: 1. Premessa. L'impugnabilità del decreto cautelare monocratico: ancora un intervento nomopoietico della giurisprudenza. – 2. Il decreto Cons. St. 1553/2020 e il riconoscimento dell'appellabilità del decreto *ex art. 56 c.p.a.* – 3. Il decreto 1553/2020: alcune criticità nella decisione di merito. – 4. Le conseguenze dannose irreversibili come elemento necessario per l'ammissibilità dell'appello. – 5. Il decreto Cons. St. 304/2021: un caso paradigmatico di accoglimento dell'appello. – 6. Un confronto tra i due decreti. – 7. Conclusioni. La tutela cautelare e l'effettività della tutela.

## 1. *Premessa. L'impugnabilità del decreto cautelare monocratico: ancora un intervento nomopoietico della giurisprudenza.*

Il tema dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico è oggetto di un vivace dibattito all'interno della giurisprudenza amministrativa. Infatti, nonostante la chiarezza della disposizione (che lo definisce “non impugnabile”), si è cercato di riconoscere uno spazio all'impugnabilità del decreto *ex art. 56* Codice del processo amministrativo (d'ora in avanti: *c.p.a.*), soprattutto per evitare vuoti di tutela e “zone d'ombra” nella tutela dei diritti<sup>1</sup>.

Il tema, rimasto di nicchia per molto tempo, è divenuto centrale dopo l'adozione delle misure governative per combattere la diffusione del Covid-19, che, come noto, hanno inciso anche sul normale funzionamento della giustizia. L'art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia), ad esempio, ha sospeso tutte le udienze e i termini del processo amministrativo e ha posto al centro del sistema giudiziario uno strumento concepito come eccezionale, il decreto cautelare presidenziale *ex art. 56 c.p.a.* La disposizione, infatti, ha stabilito che «*i procedimenti cautelari, promossi o pendenti nel medesimo lasso di tempo, sono decisi con decreto monocratico dal presidente o dal magistrato da lui delegato, con il rito di cui all'articolo 56 del codice del processo amministrativo*». I soggetti che invocavano, a fronte della lamentata lesione dei propri interessi legittimi, la tutela cautelare hanno potuto trovare nel decreto monocratico presidenziale l'unica forma di garanzia

---

<sup>1</sup> Sul punto si vedano alcuni contributi relativi in particolare alla giustizia costituzionale, R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007; R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2008; P. ZICCHITTU, *Le 'zone franche' del potere legislativo*, Torino, 2017.

possibile<sup>2</sup>. Anche nei mesi successivi alla prima ondata, il ruolo della misura cautelare presidenziale non si è attenuato, essendo stata utilizzata come primo strumento di tutela avverso i numerosi provvedimenti limitativi di libertà (personali e, soprattutto, economiche) adottati per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

L'obiettivo dello scritto è ricostruire la giurisprudenza formata sull'ammissibilità dell'appello avverso la reiezione della richiesta di decreto cautelare *ex art. 56 c.p.a.*, analizzando in particolare due provvedimenti del Consiglio di Stato che possono rappresentare due tasselli decisivi nello sviluppo dell'istituto. La lettura congiunta dei due decreti, emanati in periodi molto diversi tra loro, aiuta a cogliere alcune tendenze della giurisprudenza amministrativa che potranno essere utilizzate dai giudici anche una volta terminata l'emergenza sanitaria.

## 2. *Il decreto Cons. St. 1553/2020 e il riconoscimento dell'appellabilità del decreto ex art. 56 c.p.a.*

Ad inizio pandemia è stato pronunciato il decreto Cons. St., sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553 (Pres. Frattini), che ha rigettato un appello avverso un decreto del presidente del T.A.R. Catanzaro<sup>3</sup>, da cui si può trarre qualche riflessione sullo strumento del decreto cautelare *ex art. 56 c.p.a.*<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Tra i primi commenti si vedano, *ex plurimis*, M.A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (Osservatorio Emergenza Covid-19), 13 marzo 2020; N. PAOLANTONIO, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più "speciale"*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 10 aprile 2020; F. FRANCIOSI, *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid 19*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 14 aprile 2020. Recentemente si è tenuto il convegno "Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza" (12 aprile 2021), i cui atti disponibili su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>3</sup> T.A.R. Catanzaro, sez. I, dec. 28 marzo 2020, n. 165 (Pres. Pennetti). Lo stesso T.A.R., sez. I, ord. 22 aprile 2020, n. 254 (Pres. Pennetti, Est. Gagliotti) ha poi rigettato definitivamente l'istanza cautelare poiché «*il provvedimento regionale e il decreto esecutivo del Sindaco di Corigliano sono stati adottati in giorni caratterizzati dal pericolo concreto e imminente di un trasferimento massivo di persone e di contagi, dalle regioni già gravemente interessate dalla pandemia, a quelle del Mezzogiorno, con la conseguenza che gli atti dei Governatori hanno, ragionevolmente, imposto misure anche ulteriormente restrittive quale prevenzione, tanto che, si auspica, la non massiccia diffusione di Covid-19 al Sud possa scontare positivamente l'effetto di tali misure. [...] La gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo*». Bisogna sottolineare, inoltre, che l'efficacia del provvedimento di c.d. quarantena obbligatoria era terminata il 3 aprile 2020.

<sup>4</sup> Già M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (Osservatorio Emergenza Covid-19), 31 marzo 2020, 3, notò che «*stante il chiaro e inequivocabile tenore dell'art. 56, co. 2 del c.p.a. e l'altrettanto chiara voluntas legis espressa dal Governo nell'espungere dal testo finale dell'art. 84 del d.l. n. 18 la previsione (presente nello schema) di appellabilità dei nuovi decreti monocratici ex lege*

La vicenda nasce dall'istanza di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza di un bracciante agricolo, allontanatosi dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi. La sanzione si basava su un'ordinanza del Presidente della Regione Calabria che vietava ogni spostamento in entrata o uscita dal territorio regionale. Ai trasgressori veniva applicata la quarantena obbligatoria per motivi precauzionali. Il ricorrente era occupato in un settore economico apparentemente non sottoposto a blocco e lamentava il pregiudizio consistente nel non poter lavorare, con il conseguente rischio di essere licenziato, e nella preclusione ad attendere ad attività di stretta necessità quotidiana<sup>5</sup>.

Il giudice di prima istanza aveva ritenuto che *«atteso nell'attuale fase epidemica, in sede di comparazione degli interessi in conflitto, si deve dare prevalenza a quello pubblico inerente la tutela della salute della collettività e della necessità di arginare qualsiasi rischio di contagio»*, respingendo quindi la domanda cautelare ex art. 56 c.p.a. Avverso la decisione veniva, quindi, proposto appello. Il decreto in esame, innanzitutto, si sofferma sull'ammissibilità dell'impugnazione di un decreto monocratico presidenziale del T.A.R. Il provvedimento di Palazzo Spada ha specificato che l'appello di un decreto monocratico cautelare è ammissibile nei *«soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del T.A.R. produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale "bene della vita" corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato»*. Tale orientamento processuale è in linea con la giurisprudenza amministrativa pregressa, che ha sempre sottolineato l'eccezionalità della misura cautelare monocratica presidenziale, che ha una funzione strettamente interinale<sup>6</sup> ed è efficace sino alla camera di consiglio per la trattazione della cautelare "ordinaria"<sup>7</sup>. Secondo una parte della giurisprudenza,

---

*(v. anche la Direttiva del Presidente del Consiglio di Stato del 9 marzo 2020), la posizione espressa in questo secondo decreto il decreto n. 1553/2020, n.d.A., determinando ulteriori incertezze in un momento che ne conosce già molte, non può non destare perplessità»*.

<sup>5</sup> Né dai decreti né dalla successiva ordinanza si comprende esattamente la violazione che ha portato all'applicazione della "quarantena". Infatti, se il ricorrente si stava recando al lavoro, non si capisce il perché non sia stata applicata la "giustificazione" del caso prevista dalla stessa ordinanza. Sembrerebbe, inoltre, che non sia stato allegato il verbale di contestazione (come confermato da T.A.R. Catanzaro, ord. n. 165/2020), ponendo dubbi sull'esistenza dei presupposti per applicare la quarantena obbligatoria prevista dall'ordinanza regionale (Ordinanza del Presidente della Regione Calabria, 22 marzo 2020, n. 15, *«Ai trasgressori, alla luce della potenziale esposizione al contagio, si applica comunque la misura immediata della quarantena obbligatoria per 14 giorni, attraverso il Dipartimento di Prevenzione dell'ASP territorialmente competente, con le modalità già previste dai precedenti provvedimenti regionali, richiamati nella presente Ordinanza»*).

<sup>6</sup> T.A.R. Molise, dec. 8 aprile 2020, n. 65 (Pres. Silvestri) afferma che *«il decreto monocratico non sostituisce esaustivamente la ordinaria fase collegiale in sede cautelare, ma costituisce un primo gradino della tutela cui deve necessariamente seguire la decisione del collegio, che resta il dominus della questione cui spetta la decisione finale»*.

<sup>7</sup> Consiglio di Stato, sez. V, ord. 10 aprile 2020, n. 1881 (Pres. Caringella – Est. Urso) sotto-

però, l'impugnazione del decreto cautelare presidenziale sarebbe vietata, dal momento che il codice del processo amministrativo non prevede la via di un distinto e autonomo appello (ed anzi ne afferma la non impugnabilità *ex art. 56, comma 2, c.p.a.*)<sup>8</sup>. Conseguentemente, ogni questione di revisione del decreto cautelare dovrebbe essere trattata nel medesimo grado della misura stessa o con un mezzo analogo o in occasione della successiva udienza collegiale in camera di consiglio (la cui "ordinanza cautelare" potrà semmai, *ex art. 62 c.p.a.*, formare oggetto di appello)<sup>9</sup>. Questa lettura altamente restrittiva, però, appare forse superata<sup>10</sup>. La giurisprudenza più recente, infatti, ha cercato di interpretare in senso meno restrittivo e costituzionalmente conforme l'art. 56 c.p.a. Come è stato correttamente affermato, anche in questo campo è centrale l'utilizzo della ragionevolezza<sup>11</sup>, nel senso di una prevalenza della «funzione cautelare anticipatoria sottesa alle misure cautelari provvisorie, quando l'esigenza cautelare rappresentata è, per la natura degli interessi coinvolti o per la specificità della statuizione della P.A., di natura tale da dover esser protetta senza neppure attenderne la trattazione collegiale in camera di consiglio, anche in sede d'appello»<sup>12</sup>. Questa lettura appare la più conforme al principio dell'inde-

---

linea che la «decisione cautelare collegiale calendarizzata [...] non può essere rinviata su richiesta dell'appellante, atteso che il differimento ope legis della camera di consiglio è ammesso dal terzo periodo dell'art. 84, comma 2, d.l. n. 18 del 2020 in caso di richiesta di una delle parti su cui incide la misura cautelare», e tale non è la stessa parte istante che ha ottenuto la tutela monocratica». Affermando il contrario la stessa parte istante sarebbe ammessa a protrarre a proprio vantaggio gli effetti favorevoli del decreto monocratico.

<sup>8</sup> Pochi giorni prima rispetto al decreto in commento, il Consiglio di Stato, sez. VI, dec. 21 marzo 2020, n. 1343 (Pres. Montedoro) ha dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione, sottolineando che l'emergenza Covid-19, in assenza di espresse disposizioni derogatorie, non poteva consentire di disattendere le regole processuali.

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, sez. V, dec. 19 luglio 2017, n. 3015 (Pres. Severini).

<sup>10</sup> Si deve segnalare, però, che è stato riaffermato che l'appello avverso il decreto presidenziale è «un rimedio giuridico inesistente secondo il vigente tessuto processuale» (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale, dec. 25 agosto 2020, n. 624, Pres. De Nicolis). Per V. FANTI, *L'appellabilità del decreto cautelare monocratico nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2021, «a ben vedere, dal decreto in commento emerge un terzo orientamento: accanto ai già richiamati indirizzi giurisprudenziali, diametralmente contrapposti, la pronuncia dello scorso agosto inaugura un nuovo filone, ancor più restrittivo e limitativo, con la declaratoria di "non luogo a provvedere" dell'appello avverso il decreto di rigetto. Si tratta, indubbiamente, di un dispositivo diverso da quello della inammissibilità o infondatezza». Si segnala, inoltre, R. GIOVANELLI, *Il Consiglio di Giustizia amministrativa interpreta l'art. 56 c. 2 c.p.a. percorrendo la "terza via": il non luogo a provvedere*, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

<sup>11</sup> Sul tema, cfr. M.A. SANDULLI, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Giustizia-amministrativa.it*. Inoltre, per una ricostruzione generale, si vedano F. FRANCIOSI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli 2018; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

<sup>12</sup> Consiglio di Stato, sez. III, dec. 11 dicembre 2014, n. 5650 (Cons. del. Russo), che accolse l'appello relativo ad una sospensione (*ex art. 100 TULPS*) di una licenza di somministrazione di alimenti e bevande, chiedendo, però, il deposito di una cauzione e «previa immediata richiesta [...] d'accertamento al locale Comando dei VF ai fini della valutazione sulla capienza effettiva di esso e sul relativo arredamento».

fettibilità della tutela cautelare nel corso di qualsiasi fase e grado del processo e, più in generale, si lega all'effettività della tutela desumibile dagli articoli 24 e 113 (e forse 125<sup>13</sup>) Cost., dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo<sup>14</sup> e dall'art. 1 c.p.a.

L'appellabilità del decreto monocratico del Presidente del T.A.R., quindi, è stata considerata ammissibile esclusivamente quando vi siano eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile la situazione giuridica in oggetto. L'appello avverso il decreto monocratico cautelare può essere considerato ammissibile «nei soli casi del tutto eccezionali di provvedimento che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio e [...] definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere»<sup>15</sup> a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare da parte del T.A.R. in sede collegiale<sup>16</sup>.

Il decreto in commento segue il filone giurisprudenziale che ritiene ammissibile l'appello avverso un decreto ex art. 56 c.p.a. in eccezionali casi d'urgenza, cioè solo quando sia inciso un diritto costituzionalmente tutelato. È innegabile che questa precisazione pone dei problemi interpretativi e applicativi. Innanzitutto, ci si deve domandare quali siano i “diritti costituzionalmente tutelati”, se solo quelli positivizzati effettivamente in Costituzione oppure anche quelli che derivano dal diritto vivente, e se la tutela vada limitata ai soli diritti fondamentali. Queste domande richiamano la dibattuta questione dell'art. 2 Cost. come articolo a fattispecie aperta o chiusa. Come è noto, una parte della dottrina<sup>17</sup>, animata dalla preoccupazione che all'espansione illimitata dei diritti non positivizzati corrisponda una illimitata e surrettizia restrizione dei diritti costituzionalmente protetti, tende a considerare l'art. 2 Cost. come una norma ricognitiva dei diritti enumerati nel testo costituzionale. Ciò comporta il rischio di sminuire il secondo articolo della Carta costituzionale ad una norma poco rilevante. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che l'art. 2 vada interpretato come una norma a

---

<sup>13</sup> Articolo richiamato da A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *www.federalismi*, n. 1/2020, 74-79.

<sup>14</sup> Si basano su queste basi i decreti del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° settembre 2017, nn. 3538 e 3539 (Pres. Maruotti); sez. VI, 30 agosto 2017, n. 3418 e n. 3419 (Pres. Maruotti); sez. VI, 25 agosto 2017, n. 3408 (Pres. Maruotti).

<sup>15</sup> Come confermato anche da Consiglio di Stato sez. III, dec. 10 marzo 2021, n. 1224 (Pres. Frattini) e dec. 1° dicembre 2021, n. 6401 (Pres. Frattini).

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, dec. 7 dicembre 2018, n. 5971 (Pres. Maruotti), che accolse l'appello e consentì ad un candidato di essere ammesso, con riserva, a sostenere le prove scritte dell'esame di abilitazione alla professione forense. Lo stesso decreto ritiene che vadano considerate ancora attuali le precisazioni e le statuizioni dell'Adunanza Plenaria sull'ambito di applicazione dell'art. 125 della Costituzione anche con riferimento alle fasi del giudizio cautelare nel processo amministrativo (Cons. St., ad. plen., ord. 20 gennaio 1978, n. 1, Pres. Uccelatore – Est. Catalozzi).

<sup>17</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali Parte generale*, Padova, 2003, 20 ss.

fattispecie aperta, riferibile cioè ad ogni situazione di libertà emergente a livello di costituzione materiale<sup>18</sup>. Tale lettura, però, sembra trascurare il significato dell'enumerazione dei diritti costituzionali, e senza ricercare un fondamento positivo dei diritti. È innegabile che esistano diritti “nuovi”, in quanto espressione di bisogni diversi rispetto a quelli tradizionalmente riconosciuti nelle carte costituzionali (e rigide per definizione<sup>19</sup>). È necessario, però, che questi “nuovi diritti” siano riconducibili all'evoluzione di significato delle disposizioni costituzionali, così come ha affermato la Corte costituzionale con la sentenza 1 agosto 1979, n. 98, «*non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti*»<sup>20</sup>. La riflessione sul tema si lega al problema dell'effettività della tutela ed è necessario ponderare l'allargamento del patrimonio costituzionale dei diritti conseguente all'evoluzione del catalogo costituzionale. Questa operazione si rende necessaria per cercare di evitare lacune di tutela legate ai mutamenti della società e dei bisogni dell'individuo, ma deve essere mantenuta una diversità tra semplici diritti e quelli “costituzionali” (e soprattutto con i fondamentali). Questi ultimi devono trovare un legame con il testo o i principi della Carta (si pensi alla dignità umana che pur non essendo positivizzata è la base assiologica dell'ordinamento costituzionale<sup>21</sup>). Appare, quindi, necessario che la situazione giuridica, per essere costituzionalmente rilevante, debba essere ricondotta al testo costituzionale, mentre per essere considerato un diritto inviolabile, si dovrebbero rispettare due criteri: a) la riconduzione del diritto ai valori primari e ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale; b) il carattere dell'invulnerabilità andrebbe riferito solo «*al patrimonio irretrattabile della persona umana intesa come totalità ossia al principio supremo della libera dignità*»<sup>22</sup>.

È innegabile che la restrizione alla lesione dei soli diritti costituzionali per l'ammissibilità dell'appello del decreto *ex art. 56 c.p.a.* comporta problemi interpretativi, che incidono anche sulla certezza del diritto. Si affida al giudice l'effettiva individuazione dei diritti costituzionalmente rilevanti. Come è stato notato «*si profila cioè uno scenario premoderno, al quale il legislatore sembra guardare con (rassegnato?) favore, e che, paradossalmente, gode di diffuso consenso, basato sul convincimento*

<sup>18</sup> A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.

<sup>19</sup> Attraverso un procedimento di revisione costituzionale è sicuramente possibile integrare il testo costituzionale con “nuovi” diritti. A titolo meramente esemplificativo si ricorda che la Slovenia nel 2016 ha costituzionalizzato il diritto all'acqua potabile oppure si pensi al disegno di legge costituzionale, approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati l'8 febbraio 2022, che ha inserito in Costituzione la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali.

<sup>20</sup> Corte costituzionale, sent. 1° agosto 1979, n. 98 (Amadei-Reale), *Considerato* n. 2.

<sup>21</sup> La Corte cost. nella sent. 17 luglio 2000, n. 293 (Amirante-Tesauro) pone la dignità umana come base fondativa di tutti i diritti inviolabili, di cui i riferimenti costituzionali sarebbero mere specificazioni.

<sup>22</sup> F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107.

che il “formante giudiziario” sarebbe più attrezzato per rispondere alle domande di tutela dei consociati, fatte per ciò stesso equivalere a diritti soggettivi, mentre il mutamento che va delineandosi ricade a detrimento delle parti, la cui azione (non solo nella fase, costituzionalmente cruciale in forza dell'art. 111 Cost., del controllo di legittimità, ma, più in generale, in ogni giudizio, per il nesso sistematico che lega l'art. 111 Cost. agli artt. 24, 48 e 70 Cost.) flette verso l'area degli interessi occasionalmente protetti<sup>23</sup>. Tale ampliamento della discrezionalità del giudice appare sospinto anche dall' influenza dell'Unione europea e della Corte Edu. La prima ha riconosciuto alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore dei Trattati e comporta la trasformazione definitiva dell'Unione in un sistema basato non solo sui diritti economici, ma anche su quelli etico-sociali e politici (anche grazie alla Corte di Lussemburgo)<sup>24</sup>. Un giudice potrà non considerare costituzionale un diritto presente nella Carta di Nizza, ma assente in Costituzione? Questo appare improbabile anche per il recente dibattito sulla doppia pregiudizialità, che sta vedendo la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia giocare il ruolo di “corte referente per i diritti”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> M. ESPOSITO, *Considerazioni sugli impedimenti costituzionali dello stare decisis*, in *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 683 (ora, ampliato, in *Lo stare decisis al vaglio dei principi costituzionali*, in *Rivista di Diritto processuale*, n. 3/2020, 1007-1022).

<sup>24</sup> Già a partire dal 1969, con la nota sentenza *Stauder c. Stadt Ulm* (12 novembre 1969, C-29/69), la Corte di Giustizia ha affermato per la prima volta che la tutela dei diritti fondamentali era da considerarsi parte integrante dei principi generali del diritto comunitario. Era pertanto compito della Corte di Lussemburgo, adita in via pregiudiziale, assicurarne la salvaguardia e fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità ad essi della normativa interna; in altri termini, era la Corte ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali. Con la sentenza *Küçükdeveci* (19 gennaio 2010, C-555/07) si è affermata, invece, l'efficacia vincolante, anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, della Carta di Nizza. Nello specifico si è prescritta ai giudici nazionali – in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione – la disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il principio della parità di trattamento, *sub specie* del divieto di discriminazione in ragione dell'età, per come desunto dalla direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Sul punto la dottrina è sconfinata e si vedano, ad esempio, M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI, Milano, 2003, 201 ss.; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *www.giurocts.org*, n. 3/2020; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2001, 193-207; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, 2013; C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in *www.gruppodipisa.it*, 21 dicembre 2011.

<sup>25</sup> Fra i moltissimi, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2019; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2018; IDEM, *Il 'triangolo giurisprudenziale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *www.fede-*

Per quanto riguarda l'influenza della Corte EDU si deve considerare la necessità per il giudice di seguire, oltre che le disposizioni della Carta, anche le sentenze di Strasburgo. La Corte EDU ha ribadito, infatti, che i giudici interni devono tenere in considerazione tutte le sue pronunce<sup>26</sup>, rispondendo alla Corte costituzionale che indicava l'obbligo di conformarsi solo alla giurisprudenza consolidata o alle sentenze pilota<sup>27</sup>. Il rischio è davvero che il giudice possa scegliere a quale "ordinamento" attingere la copertura "costituzionale" della situazione giuridica di cui deve decidere, visto la grande compenetrazione tra gli ordinamenti<sup>28</sup>.

La soluzione a queste problematiche sarebbe non limitare l'appello solo ai diritti "costituzionalmente tutelati", anche perché una tale distinzione non sembra in linea con gli artt. 24 e 113 Cost., essendo assente una qualsiasi "circostrizione" della tutela a seconda della situazione giuridica dedotta in giudizio, anche se nei fatti verrebbe introdotto in via pretoria un nuovo istituto nel giudizio amministrativo, con alcune problematicità, che non possono non essere rilevate, rispetto al principio di legalità. Infatti, non si può non considerare la chiarezza della disposizione, che definisce "non impugnabile" il decreto *ex art. 56 c.p.a.* Diventa centrale, allora, comprendere è fino a quanto si possa estendere un'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>29</sup> e se questa possa esulare completamente dal dato testuale. Ampliando l'appellabilità del decreto *ex art. 56 c.p.a.* si rischierebbe di cadere in un'*interpretatio abrogans*: in altri termini, a fronte di una *littera legis* che recita "non impugnabile" si possono trovare (come è avvenuto) eccezioni e dei correttivi/temperamenti in sede ermeneutica, essendo vietato

---

*ralismi.it*, n. 16/2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto enrounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *www.diritticomparati.it*, n. 3/2017; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *www.forumcostituzionale.it*, 25 gennaio 2018; IDEM, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 6/2019. Per ampie riflessioni sul tema si rinvia a *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, Bologna, 2020.

<sup>26</sup> Corte EDU, *G.I.E.M. c. Italia*, 28 giugno 2018, par. 252: «*The message sent by the present judgment is neither silylline, nor hesitant, but rather straightforward and firm: all judgments of the Court have the same legal value, binding nature and interpretative authority*».

<sup>27</sup> Corte costituzionale, sent. 26 marzo 2015, n. 49 (Criscuolo-Lattanzi).

<sup>28</sup> Si tratta della c.d. tutela equivalente nel rapporto tra sistemi. Sul tema, tra i moltissimi, E. CANIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 ottobre 2016; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2019; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *www.europeanpapers.eu*, n. 1/2020, 493-522; R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2016.

<sup>29</sup> Per una lettura si rinvia a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 391-476.

solo trasmutare il “non impugnabile” da regola a eccezione e rendere l’impugnabilità una regola tendenziale, oppure non è possibile nessuna estensione contro la chiarezza della disposizione (basandosi sul brocardo *in claris non fit interpretatio*)? La giurisprudenza amministrativa si mostra ben consapevole di tale problema laddove, per giustificare l’impugnabilità del decreto presidenziale come eccezione (interpretativa) alla regola (legislativa), la consente solo per la peculiare fattispecie che si potrebbe qualificare come *pseudo-decreto presidenziale*, ossia avverso quell’atto del giudice «che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio» in quanto «definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere». Questa impostazione della giurisprudenza da un lato farebbe salva la regola legislativa della non impugnabilità del (“vero”) decreto presidenziale, dall’altro considererebbe tale regola non applicabile a fronte di un atto del giudice che del decreto ha solo la forma (“falso” decreto presidenziale), ma presenta invece la sostanza della sentenza definitiva, e come tale necessariamente impugnabile. Questa lettura della giurisprudenza amministrativa (ancora non pacificamente accettata, come abbiamo visto) si basa comunque su un’interpretazione che si allontana dal dato testuale, ponendo dei dubbi sullo spettro di applicazione di questa “eccezione”. Infatti, limitare l’appellabilità del decreto solo ai diritti “costituzionalmente tutelati” non sembrerebbe in linea con il dato costituzionale (che non ammette questa “distinzione”) e crea problemi nel comprendere quali siano allora i diritti costituzionalmente rilevanti, visto l’intreccio si è creato tra le carte fondamentali, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

La giurisprudenza amministrativa ha tentato di operare un’interpretazione costituzionalmente conforme basandosi sulla “natura” del decreto, ma questo ha comportato comunque un intervento nomopoietico rispetto al dato legislativo e, considerato che si è già creata una “rottura interpretativa”, sarebbe opportuno, a questo punto, garantire a pieno il diritto di azione. Per tale motivazione, in attesa di un intervento del legislatore (e vista la difficoltà per la Corte costituzionale o per l’Adunanza Plenaria di poter essere coinvolte nel giudizio<sup>30</sup>), sembrerebbe opportuno rivedere la limitazione ai soli “diritti costituzionalmente garantiti” (di non facile individuazione) e basarsi esclusivamente sull’analisi degli elementi del *periculum* e del *fumus*.

### 3. Il decreto 1553/2020: alcune criticità nella decisione di merito

Il decreto in commento ha riconosciuto che nel caso in esame la pretesa dell’appellante era di potersi recare al lavoro e di evitare il rischio di licenziamen-

<sup>30</sup> Considerate le tempistiche del decreto ex art. 56 c.p.a. è difficilmente immaginabile la possibilità di un intervento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato o, addirittura, di sollevare questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale. Ovviamente ci potrebbero essere degli *obiter dicta* sul punto, ma, come noto, non avrebbero forza vincolate.

to (oltre che effettuare l'acquisto dei beni di prima necessità), seppure per il limitato periodo residuo (4 giorni) di efficacia temporale del decreto sindacale impugnato in primo grado. La questione toccava indubbiamente diritti tutelati dall'ordinamento, anche a livello costituzionale<sup>31</sup>. Il Consiglio di Stato, quindi, ha dichiarato l'ammissibilità dell'appello contro il decreto presidenziale del T.A.R. Catanzaro, ma lo ha poi respinto nel merito. E ciò in quanto, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare «*occorre verificare la consistenza del "fumus boni juris" cioè la probabilità che la pretesa sia riconosciuta fondata nelle successive fasi del giudizio, ma anche, e contestualmente, che vi sia gravità e irreparabilità del danno lamentato, prevalenti sull'interesse pubblico posto a base degli atti censurati*». Il merito della decisione in commento si basa su tre motivi. Il primo deriva dal fatto che i provvedimenti impugnati (sia sindacali che regionali) sono stati adottati in ottemperanza a «*criteri e disposizioni, anche legislative, nazionali, e negli ambiti di possibile margine per integrazioni territoriali su scala regionale in rapporto alle assai diverse situazioni del contagio e delle sue prospettive, da Regione a Regione [...] in giorni caratterizzati dal pericolo concreto e imminente di un trasferimento massivo di persone e di contagi, dalle regioni già gravemente interessate dalla pandemia, a quelle del Mezzogiorno, con la conseguenza che gli atti dei Governatori hanno, ragionevolmente, imposto misure anche ulteriormente restrittive quale prevenzione, tanto che, si auspica, la non massiccia diffusione di Covid-19 al Sud possa scontare positivamente l'effetto di tali misure*».

Il Consiglio di Stato ha considerato legittime le misure regionali e sindacali<sup>32</sup>, essendo funzionali a tutelare la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali tali da diffondere il contagio. E pur considerando consistente il danno individualmente patito dal ricorrente, ha concluso che esso non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale<sup>33</sup>, visto che il diritto alla salute sarebbe

<sup>31</sup> Recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentt. 9 novembre 2021, nn. 17 e 18 sulla proroga automatica delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo ha ritenuto che «*non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti*» (punto 36). Tale lettura desta perplessità, visto che si ritiene che i diritti economici siano meno fondamentali degli altri diritti.

<sup>32</sup> Tra i moltissimi F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), n. 1/2020.

<sup>33</sup> Le misure disposte per il contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 hanno comportato la limitazione di diversi diritti costituzionali, primo tra tutti la libertà di movimento e hanno determinato importanti ricadute in una molteplicità di settori, dalla libertà di circolazione (art. 16 Cost.) al diritto al lavoro (artt. 4 e 35 ss. Cost.), fino a interessare l'esercizio delle attività di culto (art. 19 Cost.), il diritto di voto (art. 48 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), il diritto all'istruzione (art. 33 Cost.) e il diritto d'iniziativa economica (art. 41 Cost.). Tra i molti commenti, si vedano G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 1/2020, 2-3; B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 6/2020; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), n. 1/2020; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (Osservatorio emergenza Covid-19), 24 marzo 2020.

«valore di ancor più primario e generale rango costituzionale»<sup>34</sup>. Nulla, però, viene detto sulla natura sanzionatoria della quarantena obbligatoria per chi viola il distanziamento sociale, provvedimento che pone dei forti dubbi se pensiamo agli artt. 23 e 27 della Costituzione<sup>35</sup>.

Ad avviso del Consiglio di Stato, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale (e si spinge addirittura ad affermare «oggi non superabile in alcun modo»). In tale ambito sembra del tutto assente un'analisi della proporzionalità delle misure, risolvendosi nella mera affermazione che quelle governative fossero le uniche possibili per contrastare la diffusione del Covid-19. Visto che la tutela ex art. 56 c.p.a. era l'unica effettivamente utilizzabile secondo il d.l. 18/2020, i decreti presidenziali hanno analizzato, seppur sommariamente, anche il *fumus*, che non può però sicuramente risolversi in un'affermazione apodittica, soprattutto in tema di diritti costituzionalmente rilevanti. Riprendendo la teorizzazione dei tre livelli di analisi della proporzionalità<sup>36</sup> (di derivazione tedesca<sup>37</sup>), possiamo notare che il giudice di appello si sia fermato al primo, che riguarda la mera idoneità (*Geeignetheit*) dei provvedimenti. In tale stadio si analizza, infatti, la relazione positiva tra strumenti e indirizzi politici e, quindi, se la disciplina sia idonea a raggiungere l'obiettivo prefissato. Il primo test sembrerebbe superato, visto che il distanziamento sociale è idoneo ad evitare la diffusione della pandemia. Molti più problemi comporta, invece, il secondo test, cioè quello di necessità (*Notwendigkeit*) o regola del "mezzo più mite". Il controllo di necessità si basa sull'esistenza di diverse misure, tutte egualmente idonee alla realizzazione di un interesse, individuando quello capace di realizzare l'obiettivo e che leda il meno possibile gli altri diritti e interessi coinvolti. Questa analisi trova le radici nella celebre locuzione «*la Polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni*»<sup>38</sup> e deve cercare di andare oltre il mero cal-

<sup>34</sup> Affermazione ripresa da T.A.R. Sardegna, sez. I, dec. 7 aprile 2020, n. 122 (Pres. D'Alessio), che ha ritenuto legittima la limitazione alle uscite giornaliere per provvedere all'acquisto di generi alimentari.

<sup>35</sup> La quarantena obbligatoria per violazione del distanziamento sociale appare una sanzione di fatto penalistica se consideriamo la lettura effettuata nella pronuncia Engel (Corte EDU, ad. plen., *Engels c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976) e poi ripresa dalle sentenze Menarini (sez. II, *Menarini c. Italia*, 27 settembre 2011) e Grande Stevens (sez. II, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014), giurisprudenza ormai pacificamente accettata anche dalla Corte costituzionale (ad esempio, sent. 26 febbraio 2020, n. 32, Cartabia-Viganò). Sul tema della violazione della riserva di legge della quarantena obbligatoria, G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2 aprile 2020.

<sup>36</sup> Per una profonda e lucida analisi si rinvia ad A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1988.

<sup>37</sup> Per una ricostruzione si veda G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 409-445.

<sup>38</sup> Più precisamente F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1921, 354 si domanda «*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen?*».

colo dell'efficacia. In questo caso, la quarantena obbligatoria appare una misura eccessiva per la violazione dell'obbligo di distanziamento sociale, visto che la stessa ha prettamente una funzione di "isolamento" del solo soggetto infetto e, da questo, deriva il divieto posto ad un individuo (che ha sì violato il distanziamento, ma non si è certi che abbia contratto il morbo) di recarsi a lavoro in un settore non soggetto a sospensione. Ed è legata a questo la terza, e forse più delicata, fase del controllo della proporzionalità, cioè il bilanciamento di interessi e valori (*Abwägung*), che deve cogliere il significato politico e sociale sotteso alla normativa, per sottoporlo poi ad una valutazione costi-benefici e commisurare i sacrifici patiti dal singolo con i vantaggi conseguiti dalla collettività. Tale controllo è ancor più importante quando vengano in rilievo i diritti fondamentali e la loro limitazione deve avvenire nella misura considerata opportuna. Invero, il perseguimento di un ragionevole interesse generale, in altri termini, deve essere considerato motivo sufficiente per giustificare una restrizione nell'esercizio di libertà costituzionali, con la specificazione che, dinanzi a questi interventi limitativi, il diritto fondamentale va difeso da imposizioni "eccessivamente onerose". Si può, però, affermare che il diritto alla salute non può prevalere sempre e incondizionatamente rispetto ad altre complesse posizioni di interesse. Il diritto alla salute, infatti, pur essendo l'unico considerato "fondamentale"<sup>39</sup> dalla Costituzione deve essere bilanciato con gli altri. Se si affermasse il contrario un diritto sarebbe *tiranno* rispetto agli altri, situazione che non può realizzarsi, come ha già avuto modo di affermare la Corte costituzionale<sup>40</sup>. Il decreto in esame, però, non sembra contenere alcun accenno alla necessità di ponderazione, prendendo come dato di fatto la superiorità del diritto alla salute (*rectius* il dovere di tutelare la salute pubblica) rispetto a qualsiasi altra situazione giuridica.

#### 4. *Le conseguenze dannose irreversibili come elemento necessario per l'ammissibilità dell'appello*

Il decreto inoltre, ed è forse uno degli aspetti più interessanti, ha negato l'esistenza di conseguenze dannose irreversibili per l'appellante poiché le «*disposizioni, statali e regionali, adottate e che verranno adottate a ulteriore completamento e integrazione per fronteggiare il "dopo-pandemia"*» in materia di «*tutela del posto di lavoro (oltre alla cassa*

<sup>39</sup> Sul punto si vedano, *ex plurimis*, R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, a cura di IDEM, vol. I, Milano, 2010, 3-63; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018, spec. 1-32; L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1976, 146 ss.; A. SIMONCINI, A. LONGO, *Commento all'art. 32 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, Torino, 2006, 655-674.

<sup>40</sup> Si fa riferimento alla celebre sentenza della Corte costituzionale 9 maggio 2013, n. 85 (Gallo-Silvestri).

*integrazione*), *misure di soccorso emergenziale per esigenze alimentari e di prima necessità (non a caso demandate ai Comuni [...]) tali da mitigare o comunque non rendere irreversibili, anche nel breve periodo, le conseguenze della doverosa stretta applicazione delle norme di restrizione anti-contagio*<sup>41</sup>. Per il Consiglio di Stato sarebbe possibile nelle successive sedi di giudizio richiedere e documentare un eventuale risarcimento del danno per la mancata retribuzione da lavoro per i giorni coperti dall'ordine di quarantena contestato, salvo che, come è ipotizzabile, detto pregiudizio economico venga riparato dalla normativa di tutela dei lavoratori colpiti dalle generali, e individuali in questo caso, misure di distanziamento sociale. Il Consiglio di Stato sembra aver sottovalutato che l'appellante avrebbe patito sia un danno non patrimoniale (la limitazione delle libertà costituzionali) sia uno patrimoniale (l'impossibilità di svolgere l'attività lavorativa) e la motivazione *de quo* sembra scontrarsi con il cammino avviato, anche nel diritto amministrativo, della natura sussidiaria della tutela per equivalente.

Il codice del processo amministrativo, nell'attuazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, garantiti dalla Costituzione e dal diritto europeo (articolo 1 c.p.a.), prevede la risarcibilità dei danni. L'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto costituisce, come *species* dell'azione di condanna, una delle diverse azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo<sup>42</sup>. La reintegrazione in forma specifica costituisce, però, la forma principale e l'obiettivo primario da perseguire nella tutela risarcitoria. Solo con il risarcimento in forma specifica, infatti, il danneggiato può conservare o conseguire il bene della vita collegato all'interesse oggetto di lesione. D'altro canto, una riparazione per equivalente costituisce una misura residuale e di norma subordinata all'impossibilità (parziale o totale) di pervenire alla correzione del potere amministrativo<sup>43</sup>.

Seguendo il principio del decreto, quindi, la cautelare *ex art. 56 c.p.a.* non potrebbe essere concessa se la lesione del bene della vita è risarcibile, rendendola di fatto quasi inutilizzabile visto che la tutela risarcitoria è sempre possibile. E

---

<sup>41</sup> Secondo la giurisprudenza un altro caso di non "irreparabilità" è quello secondo cui sia prossimo il termine della cessazione della quarantena obbligatoria, cfr. T.A.R. Catanzaro, sez. I, dec. 18 aprile 2020, n. 221 (Pres. Pennetti). Tale lettura sembra banalizzare, però, l'importanza ontologica della libertà personale nelle sue varie sfaccettature.

<sup>42</sup> Si veda anche F.F. PAGANO, *Il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e il termine di decadenza per proporre l'azione autonoma di condanna nel processo amministrativo (nota a Corte cost. n. 94 del 2017)*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 2/2017.

<sup>43</sup> Un esempio è la trasformazione del danno ambientale, che da meramente risarcitorio, dopo il decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166), richiede la necessità di ristabilire la situazione prima dell'evento dannoso. La Corte cost. con sent. 1° giugno 2016, n. 126 (Grossi-Coraggio) ricostruisce il percorso normativo e giurisprudenziale della disciplina del danno ambientale, mettendo innanzitutto in evidenza la prospettiva – imposta dalle direttive comunitarie – che vede collocato il "profilo risarcitorio" in una posizione accessoria rispetto a quello "riparatorio", prospettiva che successivamente anche il legislatore italiano ha fatto propria in sede di recepimento.

qui sembra esserci un cortocircuito nella decisione in commento: è ammissibile l'appello avverso una cautelare presidenziale solo se è in gioco un diritto costituzionalmente tutelato, e quindi meritevole di una tutela maggiore, ma il decreto presidenziale non viene concesso visto che la lesione è risarcibile. Nel caso di specie, oltre all'aspetto legato al diritto al lavoro, viene toccata la libertà personale e di circolazione ed è difficile immaginare che il risarcimento possa essere considerato egualmente soddisfacente della reintegrazione in forma specifica. Se la quarantena per violazione del distanziamento sociale ha, come pare, una natura sanzionatoria c'è anche una lesione della libertà individuale<sup>44</sup>, una pietra angolare della democrazia stessa e non si può pensare di compensarla con un risarcimento del danno subito (quando è possibile interrompere la limitazione<sup>45</sup>). Inoltre, è problematico quantificare il danno per lesione della libertà personale. Ad esempio, si dovrebbe utilizzare per analogia il modello su cui si basa la riparazione per ingiusta detenzione oppure si deve immaginare di rinviare al giudice la valutazione effettiva? Tali problematiche dovrebbero far propendere per l'idea che va sempre garantita la tutela piena ed effettiva di un diritto costituzionale ed evitare di ricorrere al mero risarcimento. È vero che tra cautelare presidenziale e tutela cautelare collegiale trascorre un periodo di tempo limitato (solitamente 20 giorni), ma questo non può scalfire la necessità di una tutela effettiva dei diritti costituzionali e, soprattutto, di quelli fondamentali, come nel caso di specie.

<sup>44</sup> Secondo M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il Coronavirus*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. MARINI, G. SCACCIA, Torino, 39-50, eventuali lesioni realizzate con il *lockdown* non possano essere sussunte nell'art. 13 Cost.

<sup>45</sup> Per sottolineare l'importanza della libertà personale si pensi che l'art. 111, comma 7, Cost., prevede che «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge». Tale disposizione potrebbe avere una funzione di "copertura" delle eventuali violazioni della libertà personale, che non va limitata al diritto di disporre liberamente della propria persona senza coercizioni fisiche, ma che dovrebbe estendersi a coprire tutte le varie esplicazioni del concetto, da considerare emanazioni del medesimo e più essenziale valore, cioè la libertà di vivere senza menomazioni anche la propria libertà morale, rendendo centrale, quindi, il libero sviluppo della personalità. *Contra* V. DENTI, *Art. 111*, in *Commentario della Costituzione, La magistratura, Art. 111-113*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1987, 26, secondo cui il ricorso previsto dal settimo comma dell'art. 111 ha la funzione di assicurare non tanto una garanzia individuale, quanto la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, l'uniformità della giurisprudenza nazionale.

Senza riprendere la numerosissima dottrina sul significato da attribuire al concetto di "libertà personale" si segnala solo che «quella contiguità se non reciproca interferenza fra libertà personale e libertà di circolazione (art. 13 ed art. 16 della Costituzione) segnalata in dottrina fin dal primo dopoguerra (Grossi, Galizia, Mazziotti, Galeotti, Amato, Elia, Vassalli, Pace, etc.) ed ancora non del tutto risolta» (A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), n. 1/2020, 1).

5. *Il decreto Cons. St. 304/2021: un caso paradigmatico di accoglimento dell'appello*

Tra i decreti cautelari monocratici adottati nei primi mesi del 2021 dal Consiglio di Stato merita di essere segnalato il n. 304 del 26 gennaio 2021, che ha offerto nuovi spunti per la ricostruzione dell'istituto e ha accolto la domanda di tutela cautelare. In tale atto si sottolinea come l'appello avverso il decreto monocratico cautelare può essere considerato ammissibile nei soli casi (sempre del tutto eccezionali) in cui il provvedimento «*abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio*». La *ratio* delle parole del Consiglio di Stato è evitare, come detto, il rischio che la decisione monocratica in primo grado possa definire o influenzare in via irreversibile la materia del contendere, dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado. Tale ricostruzione appare convincente solo se si trattasse, però, di un appello avverso decreti di accoglimento (mentre gli appelli sono nella gran parte dei casi per provvedimenti che negano la tutela ex art. 56 c.p.a.<sup>46</sup>). Inoltre, si afferma che in questa fase non si deve influenzare la decisione collegiale, mentre, in realtà, si può entrare profondamente nel merito delle questioni che dovranno poi essere esaminate dal Collegio, come accade nel decreto 304/2021.

Il caso in esame scaturiva da una vicenda molto delicata, elemento forse decisivo ai fini della concessione della “sospensiva” presidenziale. Come noto, il Ministero dell'Istruzione ha stabilito che, a partire dalla scuola primaria, la mascherina deve essere indossata da chiunque sia presente a scuola, durante la permanenza nei locali scolastici e nelle pertinenze (quindi anche gli alunni durante le lezioni e naturalmente viene esplicitato che è sempre possibile abbassare la mascherina per bere e nei momenti della mensa o della merenda.)<sup>47</sup>. Con la decisione presidenziale è stato affrontato il delicatissimo caso di un alunno che presenti documentati problemi di ossigenazione (non dovutamente monitorati durante le lezioni) a causa dell'uso della mascherina durante le lezioni. Il provvedimento ha dovuto bilanciare il rischio per la salute degli alunni (e della collettività) con il diritto a frequentare le lezioni e all'istruzione. Il decreto non condivide il comportamento dell'istituto scolastico, che non ha tenuto in considerazione

---

<sup>46</sup> Sarebbe necessario anche riflettere se possa essere ammissibile un appello avverso il decreto presidenziale che concede la tutela cautelare, legittimando così la parte resistente e il controinteressato a poter adire il Consiglio di Stato già in questa fase.

<sup>47</sup> Obbligo che deriva dal DPCM 3 novembre 2020 e dalla Nota del Ministero dell'Istruzione 5 novembre 2020, n. 1990. Quest'ultima prevede che nella «*scuola primaria, dunque, la mascherina dovrà essere indossata sempre, da chiunque sia presente a scuola, durante la permanenza nei locali scolastici e nelle pertinenze, anche quando gli alunni sono seduti al banco e indipendentemente dalle condizioni di distanza (1 metro tra le rime buccali)*». Il termine “buccale” indica l'apertura delimitata dalle labbra a forma di fessura trasversale tra le due guance (*buccae*) e si richiede, quindi, che gli alunni debbano essere distanti tra loro almeno un metro da bocca a bocca.

la necessità di tutela dell'alunno impossibilitato a mantenere la mascherina per tutto l'orario di lezioni. Nel caso di specie, infatti, la scuola non aveva messo a disposizione degli insegnanti il "saturimetro", un apparecchio di rilevazione della quantità di ossigeno nel sangue<sup>48</sup>, al fine di consentire di accertare che tale quantità non scendesse sotto a quella minima per evitare pesanti rischi per la salute<sup>49</sup>. L'inerzia della scuola non poteva impedire all'alunno di godere del diritto all'istruzione e per questo motivo è stato sospeso l'obbligo di indossare la mascherina durante tutto l'orario di lezione. Come sottolineato dal Consiglio di Stato, infatti, «*nelle more della camera di consiglio già fissata innanzi al T.A.R. alla minore non possa essere imposto l'uso del DPI per la durata delle lezioni*» essendo il pericolo di affaticamento respiratorio, in mancanza di costante verificabilità tramite saturimetro, troppo grave ed immediato. La necessità di garantire il diritto di frequentare il corso scolastico, comporta un ulteriore obbligo di *facere* da parte dell'amministrazione, visto che «*restano ferme, a carico dell'istituto scolastico, che la stessa minore frequenta, le responsabilità connesse all'attuazione del presente decreto*». È chiaro che questo *facere* è legato inscindibilmente all'art. 3, comma 2, Cost., essendo necessario garantire sia che all'alunno impossibilitato a tenere la mascherina possa seguire le lezioni in classe sia che venga tutelata la salute di tutti i suoi compagni di classe (e, indirettamente, delle loro famiglie). La ponderazione concreta degli interessi pubblici e privati in gioco e di come garantire i diritti riconosciuti dal decreto spetta, però, all'amministrazione<sup>50</sup>.

## 6. Un confronto tra i due decreti

Il caso dell'accoglimento dell'appello avverso un decreto cautelare presidenziale che abbiamo analizzato è molto importante sia perché può finalmente porre fine alla diatriba sull'esistenza e sull'ammissibilità dell'istituto, sia perché ci fa comprendere come sia interpretata oggi l'eccezionalità che deve accompagnare i motivi di appello. Infatti, mentre nel primo decreto esaminato è stato negato che l'impossibilità ad attendere ai bisogni primari, tra cui il lavoro, possa assurgere a situazione "eccezionale", nel secondo, invece, la gravità per la vita dell'alunno e la necessità che sia garantita la possibilità di seguire in sicurezza le lezioni sono

<sup>48</sup> Definito dal decreto «*strumento di costo minimo e semplicissima utilizzabilità in casi come quello prospettato, ad opera di ogni insegnante, per intervenire ai primissimi segnali di difficoltà di respirazione*».

<sup>49</sup> Una misurazione del genere potrebbe sembrare un'attività abbastanza medica o paramedica, ma può essere assimilata al BLS (acronimo di *Basic Life Support and Defibrillation*), cioè il primo soccorso con l'impiego di defibrillatore semiautomatico.

<sup>50</sup> Consiglio di Stato, sez. III, dec. 22 marzo 2021, n. 1511 (Pres. Fratini) ha ribadito la necessità di depositare la documentazione scientifica concernente l'impatto psico-fisico dell'uso delle mascherine sugli studenti, anche per valutare la ragionevolezza, coerenza e proporzionalità, tenuto conto dei dati scientifici, degli obblighi imposti.

stati considerati fatti tali da permettere l'accoglimento dell'appello<sup>51</sup>. Tra i due decreti emerge qualche sfumatura di diversità nelle condizioni di ammissibilità dell'impugnazione, per cui, si può dire che l'ammissibilità in sé dovrebbe oggi essere pacifica se sono in gioco diritti costituzionali, ma forse lo sono meno le specifiche condizioni per l'accoglimento. Nel decreto del 2020 si afferma, infatti, che «occorre verificare la consistenza del “*fumus boni iuris*” cioè la probabilità che la pretesa sia riconosciuta fondata nelle successive fasi del giudizio, ma anche, e contestualmente, che vi sia gravità e irreparabilità del danno lamentato, prevalenti sull'interesse pubblico posto a base degli atti censurati» e l'appello è stato respinto perché le conseguenze dannose per l'appellante non avrebbero avuto il carattere della irreversibilità. Nel 2021, invece, si ammette l'appello poiché «il provvedimento [ha] solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisivo» senza fare esplicito riferimento alla tipologia di diritti da “tutelare”<sup>52</sup>.

I due decreti, inoltre, sono scesi nel merito in maniera molto diversa. Il primo decreto, infatti, predilige verificare l'eventuale lesione dei diritti costituzionali, senza considerare gli elementi di fatto. Come accennato, infatti, l'appellante contestava l'esistenza stessa della violazione e l'assenza di ogni verbale o altro atto recante l'accertamento della violazione. Mentre il T.A.R. Catanzaro aveva segnalato che «l'istanza proposta difetta del verbale o altro atto con recante accertamento della violazione specifica (“*inottemperanza all'ordinanza n.12 del 20/3/20 del Presidente della Regione Calabria*”, secondo quanto si evince dall'atto sindacale impugnato là dove riporta il contenuto della *Disposizione del Dipartimento prot. n.28112/2 del 21/3/20, neppure questa esibita*), necessario invece ai fini della prova dell'esatto contesto spazio-temporale entro cui sarebbe stato posto in essere il comportamento che avrebbe dato luogo alla procedura da cui è scaturita l'ordinanza sindacale impugnata», il Consiglio di Stato non ha affrontato questo punto fondamentale sotto l'aspetto del *fumus boni iuris*. Infatti, la mancata allegazione del verbale e la poca certezza dei fatti (per quanto riguarda la contestualizzazione spazio-temporale) pongono dei dubbi sulla stessa realizzazione della condotta illecita del ricorrente, ma ciò è stato irrilevante per la reiezione dell'appello (anche se in effetti, almeno processualmente, l'assenza del verbale è un elemento centrale). Un cenno su questo sarebbe stato necessario, visto che una persona potrebbe essere stata costretta ad una quarantena senza un motivo, con una lesione effettiva della libertà personale, anche nel realizzare condotte consentite<sup>53</sup>. Nel secondo decreto, invece, si è dato molto spazio alla valutazione

---

<sup>51</sup> Rischia di apparire superflua la parte del decreto relativa al contenuto decisivo anticipatorio della fase collegiale.

<sup>52</sup> Ridefinendo ciò che era stato affermato nel 2020 («il Consiglio di Stato ha ritenuto l'ammissibilità nei soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del T.A.R. produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale “bene della vita” corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato»).

<sup>53</sup> Vista la successiva reiezione della questione in T.A.R. Catanzaro, n. 254/2020, l'unica

del merito della questione, che è risultato decisivo per l'accoglimento dell'appello e per far emergere le omissioni dell'amministrazione.

La diversità degli esiti tra i decreti, oltre ad essere ricondotta a una differenza tra gli interessi coinvolti (nel secondo caso, la salute e l'istruzione di un minore), può essere basata anche su altre ragioni. Nel decreto del 2021 il Consiglio di Stato registra una doppia inadempienza della Pubblica amministrazione sia a livello processuale (il mancato deposito dei documenti che il primo giudice aveva ordinato di produrre e rilevanti anche per la fase di appello) sia a livello di elementi di fatto. Come detto, infatti, nella classe frequentata dalla minore, non risultava essere disponibile neppure un saturimetro per intervenire ai primissimi segnali di difficoltà di respirazione. Queste omissioni non potevano comportare una prevalenza degli interessi dell'Amministrazione rispetto a quelli privati<sup>54</sup>, non potendo essere imposto l'uso della mascherina per la durata delle lezioni a chi soffre di specifiche malattie e non potendosi permettere una sospensione del diritto costituzionalmente tutelato di frequentare il corso scolastico in sicurezza e dal decreto emerge anche la necessità di tutelare innanzitutto la salute del singolo. Si auspica che con il tempo vengano definiti meglio i confini dell'istituto in esame e che la tutela venga ampliata anche oltre il pericolo relativo al diritto alla vita, ma ciò potrà essere maturare solo attraverso la futura giurisprudenza amministrativa. Inoltre, anche il periodo nel quale sono stati emanati i decreti non è secondario. Nel primo caso ci trovavamo ad inizio pandemia e in pieno periodo emergenziale, nel secondo caso, invece, il giudice amministrativo sembra aver avuto maggiore consapevolezza del proprio ruolo, anche grazie alla "normalizzazione" dell'emergenza.

### 7. Conclusioni. La tutela cautelare e l'effettività della tutela

In questo anno di emergenza sanitaria si è registrata una forte deferenza da parte del giudice rispetto alla concessione della tutela cautelare sia durante il

---

tutela immaginabile sarebbe la proposizione di una domanda di risarcimento del danno davanti al giudice ordinario.

<sup>54</sup> Si potrebbe svolgere un parallelismo con Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri contro Repubblica Italiana*, 19 novembre 1991, dove la Corte di Giustizia ha stabilito il principio che il mancato recepimento di una direttiva entro la data ultima stabilita nel provvedimento poteva determinare, a certe condizioni, una condanna dello Stato e un obbligo di risarcimento del cittadino che fosse risultato lesa dall'inadempiente comportamento.

*lockdown* sia nella fasesuccessiva<sup>55</sup>, anche se ci sono delle eccezioni<sup>56</sup> (soprattutto

<sup>55</sup> È opportuno segnalare che la tutela monocratica come unica forma di cautelare è stata prevista per un periodo di tempo relativamente breve, ormai terminato. Un'analisi meramente "legalistica" è stata operata da T.A.R. Napoli, sez. V, dec. 17 aprile 2020, n. 783 (Pres. Scudeller), che non si è posto il dubbio del bilanciamento o della costituzionalità delle disposizioni da applicare. Criticabile anche T.A.R. Sicilia (sede di Palermo), sez. I, dec. 17 aprile 2020, n. 458 (Pres. Ferlisi) che ha respinto una richiesta cautelare contro un'ordinanza contingibile e urgente che limitava ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale, compresa, come nel caso specie, quella dei minori accompagnati dai genitori. Un caso recente di prevalenza "automatica" del diritto alla salute è stato deciso dal T.A.R. Lazio (sede di Roma), sez. II, ord., 4 giugno 2020, n. 4160 (Pres. Riccio, Est. Iera). Per i giudici amministrativi non doveva essere sospesa la direttiva dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli che aveva disposto l'interruzione dello svolgimento delle attività di «*scommesse su eventi sportivi e non sportivi, ivi compresi quelli simulati e di raccolta delle scommesse tramite dispositivi elettronici del tipo slot machines*» in tutte le tabaccherie ed edicole presenti sul territorio nazionale nelle quali è prevista l'attività di gioco pubblico. Secondo i giudici la misura della sospensione delle attività disposta dall'amministrazione è sembrata adeguata e proporzionata allo scopo di tutelare la salute individuale e collettiva nel periodo. Ha aggiunto il T.A.R. che sotto il profilo del *periculum in mora* nel bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco deve considerarsi prevalente, rispetto all'interesse particolare di «*riavviare la propria iniziativa economica, parzialmente sospesa, in un settore pur rilevante quale il gioco pubblico, la tutela dell'interesse generale diretto a salvaguardare la salute individuale e collettiva*». Quest'affermazione appare apodittica, visto che il divieto assoluto di svolgere l'attività di scommesse non sembra ragionevole e si sarebbe potuto prevedere un protocollo per l'accesso ai locali, come avviene per ogni altra attività economica (la lettura del T.A.R. è stata confermata da Cons. St., sez. III, dec., 22 febbraio 2021, n. 884, Pres. Frattini, nonostante il decreto abbia rilevato la dubbiosità e incompletezza della valutazione istruttoria).

T.A.R. Abruzzo (sede di Pescara), dec. 17 marzo 2021, n. 75 (Pres. Passoni) ha respinto una richiesta di sospensione dell'ordinanza del sindaco di Pescara che impediva lo svolgimento di tutte le attività didattiche in presenza nelle scuole dell'infanzia. Per il giudice amministrativo «*la reiezione della domanda ex art. 56 cpa (e non il suo accoglimento) appare essere la misura più idonea a scongiurare il verificarsi di danni o pericoli di danni di estrema gravità e urgenza, tenendo conto della priorità di tutela del diritto alla salute pubblica, anche rispetto ad altri contrapposti diritti fondamentali in conflitto*». Per un'analisi più ampia della giurisprudenza amministrativa, sia permesso il rinvio a M. CECILI, A. CHIAPPETTA, *Diritti fondamentali ed emergenza: come la pandemia Covid-19 ha influenzato l'ordinamento giuridico italiano e il bilanciamento dei diritti*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19*, cit., 34-39.

<sup>56</sup> Si fa riferimento, ad esempio, della delicata vicenda dell'accessibilità ai verbali espressi dal comitato tecnico scientifico. Il T.A.R. Lazio (sede di Roma), sez. I-quater, sent. 22 luglio 2020, n. 8115 (Pres. Caminiti, Est. Pisano) ha riconosciuto l'esistenza del diritto di accesso civico generalizzato ad alcuni verbali del succitato comitato. Il Consiglio di Stato, sez. III, dec. 31 luglio 2020, n. 4574 (Pres. Frattini) ha sospeso, però, l'esecutorietà della sentenza di primo grado poiché «*soltanto con l'accoglimento della istanza cautelare si possa evitare l'effetto di far consegnare alle parti appellate in modo definitivo l'utilità finale attesa, e ciò con decreto monocratico, rendendo inutile – a visione avvenuta nelle more – persino la discussione collegiale sulla istanza cautelare medesima e la stessa definizione nel merito della lite. Per queste ragioni, impregiudicata quanto al "fumus boni juris" ogni soluzione da assumere in sede collegiale anche alla luce dei punti problematici sovra indicati, è necessario che le esecutività della sentenza e quindi dell'ordine di esibizione sia sospesa fino alla discussione in camera di consiglio, ed in contraddittorio tra le parti*». Dopo una breve polemica, il Governo ha poi pubblicato i verbali il successivo 6 luglio e ora sono disponibili sul sito della Protezione civile ([www.protezionecivile.gov.it](http://www.protezionecivile.gov.it)).

Successivamente T.A.R. Lazio (sede di Roma), sez. III-quater, sent. 2 ottobre 2020, n. 10047

nell'anno 2021<sup>57</sup>). Tale atteggiamento, seppur comprensibile, non appare in linea con la necessità di tutela delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio. Durante la pandemia sembra, infatti, che il diritto d'azione sia stato considerato in modo recessivo nel bilanciamento con la tutela della salute, visto che molte situazioni giuridiche sono state valutate senza il supporto delle letture formatesi in questi decenni (come, ad esempio, i vari strumenti per valutare la proporzionalità e la ragionevolezza degli atti impugnati). L'emergenza, però, ci ha portato a riflettere su strumenti rimasti per anni nell'ombra, come l'appello al decreto *ex art. 56 c.p.a.*, che, però, deve essere sempre ricondotto all'art 24 Cost. e alle garanzie che il processo deve offrire. Riprendendo le parole di Chiovenda, è opportuno ricordare che il principio di effettività della tutela costituisce la *«vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema»*<sup>58</sup> e dovrebbe assicurare *«tutto quello e proprio quello»*<sup>59</sup> che il processo, mezzo di espressione della funzione giurisdizionale, è chiamato ad offrire per il perseguimento del bene della vita azionato. Il processo, quindi,

---

(Pres. Savoia, Est. Santini) ha annullato, per difetto di competenza, l'ordinanza con la quale il 17 aprile 2020 il Presidente della Regione Lazio ha imposto l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale stagionale per tutte le persone al di sopra dei 65 anni di età. Il T.A.R. ha ritenuto che *«le disposizioni in materia di igiene e sanità nonché di protezione civile non recano previsioni che possano autorizzare le regioni ad adottare questo tipo di ordinanze allorché il fenomeno assuma, come nella specie, un rilievo di carattere nazionale. L'ordinamento costituzionale non tollera interventi regionali di questo genere, diretti nella sostanza ad alterare taluni difficili equilibri raggiunti dagli organi del potere centrale»*.

<sup>57</sup> Il T.A.R. Lazio (Roma), sent. 16 febbraio 2021, n. 1842 (Pres. Savo Amodio, Est. Marzano) ha dichiarato illegittima l'esclusione degli estetisti tra i servizi erogabili alla persona in "zona rossa".

Inoltre, Consiglio di Stato, sez. III, dec. 22 febbraio 2021, n. 884 (Pres. Frattini), pur respingendo la richiesta di decreto cautelare, ha ritenuto che il divieto totale di svolgere un'attività a fronte di un rischio definito "potenziale" comincia *«ad incrinarsi, secondo recente giurisprudenza amministrativa, laddove si sottolinea che le, ovviamente indispensabili, misure di precauzione vanno adottate alla luce di una serie di valutazioni complete scientifiche del rischio sulla base di dati ostensibili e specifiche per ciascuna attività soggetta a limitazioni»*.

Il Consiglio di Stato, sez. III, dec. 1° aprile 2021, n. 1776 e 1777 (Pres. Frattini) ha affermato che il Governo doveva rivalutare e motivare, sulla base dei dati scientifici, il meccanismo automatico di sospensione della didattica in presenza. È stato affermato che *«l'obbligo di riesame non significa, né così potrebbe essere, sostituzione del giudice alle scelte di governo nel periodo di pandemia, che restano interamente nella responsabilità degli Organi competenti»*. Ha altresì chiarito, però, che è dovere del giudice *«assicurare che dette scelte siano adottate in modo trasparente e in coerenza con le risultanze dei dati scientifici, modificandole o motivando con argomenti non contraddittori l'impatto della eventuale riapertura della istruzione in presenza sulla ulteriore diffusione del contagio»*.

T.A.R. Toscana, sez. II, sent. 5 marzo 2021, n. 334 (Pres. Trizzino, Est. Fenicia) ha ritenuto illegittima l'ordinanza del Presidente della Regione Toscana che consentiva il rientro in Toscana dalle altre regioni, solo a coloro che avevano medico di base nel territorio regionale.

<sup>58</sup> Come ricordava V. ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stati del processo*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, vol. V, Padova 1958, 409, ripubblicato in IDEM, *Scritti giuridici. Teoria generale del processo. Processo civile*, vol. I, Milano 2007, 61.

<sup>59</sup> Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Napoli 1935 (ristampa del 1965), 39 ss.

deve dare a chi ha un diritto, per quanto possibile, tutto quello che ha diritto di conseguire<sup>60</sup>. Il processo resta ancora un «*organismo pubblico di attuazione della legge*» ed «è per se stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendono all'attuazione di una volontà di legge»<sup>61</sup>, sicché il principio del “tutto quello e proprio quello” si traduce come uno strumento tramite il quale produrre il relativo effetto, purché lecito e possibile, anche in occasione della tutela cautelare<sup>62</sup>. Come è stato segnalato, infatti, «se i tempi di decisione lo consentono, non vi è ragione per escludere l'appello sul provvedimento presidenziale»<sup>63</sup>. Si auspica, allora, che l'andamento rapsodico<sup>64</sup> sia sull'ammissibilità che sull'accoglimento dell'impugnazione del decreto ex art. 56 possa terminare e si garantisca una piena tutela giurisdizionale, che può essere definita come «la facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato»<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Concetto che si ritrova anche in Corte EDU, *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, dove si afferma che l'esecuzione di una sentenza costituisce un elemento essenziale del diritto di accesso al giudice. Per altre affermazioni del principio a livello internazionale, si veda O. LOPES PEGNA, *Giù le mani da Villa Vigoni. Quale tutela “effettiva” per le vittime di gravi crimini compiuti da Stati esteri?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 4/2018, 1237-1245.

<sup>61</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 39 ss.

<sup>62</sup> T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, dec. 31 dicembre 2020, n. 503 (Pres. Migliozi) afferma che «che a favore di siffatta interpretazione depone il principio di effettività inteso come capacità del processo amministrativo di conseguire risultati nella sfera sostanziale; che, in particolare, la normativa dettata col codice del processo amministrativo in tema cautelare e precautelare va letta in conformità alle fonti normative comunitarie che contengono in nuce la regola volta ad approntare anche senza contraddittorio uno strumento di tutela cautelare d'urgenza a tutti i diritti o agli interessi oppositivi, pretensivi o procedurali». *Contra* M.A. SANDULLI, *Giurisprudenza creativa e digitalizzazione: una pericolosa interazione che accresce i rischi di incertezza sulle regole processuali*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2013, ritiene che «il decreto trascura tuttavia due principi altrettanto importanti, come quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e quello, ad esso nella specie strettamente correlato, del diritto delle parti resistenti e controinteressate ad essere immediatamente e chiaramente informate dell'oggetto e del perimetro dell'azione intentata nei loro confronti, in modo da potere, se lo ritengono e sono in grado di attivarsi in modo tempestivo, rappresentare le proprie ragioni all'organo decidente “prima” che esso si pronunciasse».

<sup>63</sup> C.E. GALLO, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, in *Il Foro amministrativo – CdS*, n. 11/2009, 2615.

<sup>64</sup> Riprendendo A. DE SIANO, *Tutela cautelare* cit., 79.

<sup>65</sup> Come affermato da Corte di cassazione, Sez. III (civ.), sent. 17 settembre 2013, n. 21255 (Pres. Trifone, Rel. Travaglio).

### Abstract

Il contributo mira a ricostruire l'istituto dell'appellabilità avverso il decreto cautelare monocratico *ex* art. 56 c.p.a. Nonostante la chiarezza della disposizione (che lo definisce “non impugnabile”), la giurisprudenza ne ha ridefinito i contorni, ammettendo l'appellabilità nei casi in cui si realizzi una lesione dei diritti costituzionalmente garantiti. Due decreti del Consiglio di Stato, emanati durante l'emergenza sanitaria, possono aiutare a comprendere meglio l'applicazione della lettura costituzionalmente orientata che la giurisprudenza sta fornendo dell'art. 56 c.p.a., anche alla luce del principio di effettività della tutela.

The appeal against the monocratic precautionary decree: a constitutionally oriented interpretation to guarantee the principle of effectiveness of rights

This essay aims to study the appealability of the monocratic precautionary decree pursuant to art. 56 of the Code of Civil Procedure. In spite of the clarity of the provision (which defines it as “non-appealable”), case law has redefined its contours, admitting the possibility of appeal in cases where there is an infringement of constitutionally guaranteed rights. Two decrees of the Council of State, issued during the health emergency, may help to better understand the application of the constitutionally oriented reading that the jurisprudence is providing of art. 56 c.p.a., also in the light of the principle of effectiveness of rights.

# Riflessioni sulla cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo

di Silia Gardini

SOMMARIO: 1. Evoluzione storica ed inquadramento concettuale dell'istituto della cessazione della materia del contendere nell'ambito del processo amministrativo – 2. La linea di demarcazione tra declaratoria di cessazione della materia del contendere ed improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse – 3. Riflessioni a partire da una recente sentenza del Consiglio di Stato – 3.1 In particolare: la sfera di applicazione dell'art. 34, comma 3 c.p.a. ed il suo rapporto con la pronuncia di cessazione della materia del contendere – 3.2 L'(in)utilità dell'accertamento della c.d. “soccumbenza virtuale” – 4. Considerazioni conclusive

## 1. *Evoluzione storica ed inquadramento concettuale dell'istituto della cessazione della materia del contendere nell'ambito del processo amministrativo*

L'espressione “cessazione della materia del contendere” è una formula terminativa del processo emersa dalla necessità pretoria di fronteggiare – in pendenza del procedimento giurisdizionale – il sopraggiungere di un elemento che abbia diretta incidenza sulla vicenda dedotta in giudizio. Affrontare il tema della cessazione della materia del contendere vuol dire, dunque, esaminare tutti quei casi in cui l'irrompere sulla scena processuale di una sopravvenienza (fattuale o provvedimentale), atta a modificare la situazione che era stata cristallizzata al momento della proposizione del ricorso, possa produrre effetti estintivi sullo stesso giudizio. Sotto questo profilo, come meglio si vedrà, le dinamiche sottese al processo amministrativo sono del tutto peculiari e risultano strettamente connesse alla rilevante evoluzione che, nel corso degli anni, ha attraversato lo stesso sistema di giustizia amministrativa.

Partendo dalla genesi dell'istituto in esame, è innanzitutto necessario rilevare che, diversamente da quanto è avvenuto nell'ambito del processo civile<sup>1</sup>, nel pro-

---

<sup>1</sup> Nel processo civile la formula di “cessata materia del contendere” non è frutto di una particolare elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, ma si è sostanzialmente imposta nella pratica giudiziaria dei Tribunali in due distinte circostanze: 1) in tutte le ipotesi di spontanea autocomposizione della lite tra le parti in giudizio, sia che ad essa si giungesse mediante reciproche concessioni, sia che la stessa dipendesse dalla sottomissione unilaterale di una parte alle pretese dell'altra; 2) nelle ipotesi di eventi estintivi delle ragioni sostanziali di contesa che, pur in presenza di una formale ragione di contrasto, avrebbero reso iniqua (o, quantomeno, inutile) una pronuncia di rigetto. Peraltro, diversamente da quanto avviene nel processo amministrativo, la giurisprudenza civile – nel silenzio del legislatore – ha da sempre assegnato alla dichiarazione di cessazione della materia del contendere natura di pronuncia di mero rito che determina, dunque, la conclusione del processo in assenza di una valutazione di merito sulla domanda (cfr., di recente, Corte di Cassazione, sez. civ., 31 agosto 2015, n. 17312). Ai fini della declaratoria di c.m.c., la giurisprudenza

cesso amministrativo la declaratoria di cessazione della materia del contendere si riconnette storicamente alla necessità di inglobare nella vicenda processuale l'atto o il fatto sopravvenuto che incida sul provvedimento impugnato. Se il giudizio dinnanzi al Tribunale amministrativo era, in una prima fase, proiettato alla sola verifica della legittimità di un determinato provvedimento, l'intero processo risultava inevitabilmente condizionato dalla vita di quello stesso atto, «con riferimento alla sua insorgenza, al suo decorso, alla sua estinzione»<sup>2</sup> ed appariva quasi doveroso per il giudice il rilevarne d'ufficio le relative implicazioni<sup>3</sup>.

A fronte di una corposa elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia sin dalla prima metà del secolo scorso<sup>4</sup>, l'orientamento del Giudice amministra-

---

civile richiede altresì che si registri il pieno accordo tra le parti in relazione all'idoneità dell'evento a rimuovere ogni motivo di contenzioso tra le stesse (cfr., Corte di Cassazione, 26 luglio 2002, n. 11038). Per un inquadramento dottrinale dell'istituto nell'ambito del processo civile, si vedano A. PANZAROLA, voce *Cessazione della materia del contendere (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, agg. VI, 2002; E. VIANELLO, voce *Cessazione della materia del contendere*, in *Digesto, discipline privatistiche*, 2000, 129; B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere – Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 260 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1939, spec. 490 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 153 ss.; S. SATTI, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano, 1960, I, 426; A. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. It.*, 1987, IV, 482 ss.

<sup>2</sup> In tali termini, V. CAIANIELLO, voce *Cessazione della materia del contendere (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, agg. III, 2000.

<sup>3</sup> A. LUGO, *Sulle pronunce di cessazione della materia del contendere*, in *Giust. Civ.*, 1957, 144 ss. rilevava come l'istituto della cessazione della materia del contendere assumesse notevole rilevanza nel processo amministrativo proprio in virtù della fisiologica assenza di impulsi di parte, a differenza del processo civile, laddove ad essa era riservata un'incidenza del tutto marginale. Infatti, mentre il giudice civile, in forza del principio dispositivo, non poteva apprezzare la rilevanza dei fatti sopravvenuti se non nella misura in cui le parti li avessero dedotti, il giudice amministrativo risultava titolare di un margine di potere officioso di valutazione dei fatti sopravvenuti, sia pure non direttamente incidenti sulla domanda.

<sup>4</sup> La giurisprudenza amministrativa maggioritaria sviluppata a partire dall'esordio della cessazione della materia del contendere sulla scena processuale amministrativa si preoccupava principalmente di ribadire la stretta connessione tra l'oggetto del processo e la vigenza del provvedimento impugnato, negando che con la pronuncia di c.m.c. potesse radicarsi un giudicato sulla pretesa sostanziale dedotta in giudizio (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 14 luglio 1953, in Consiglio di Stato, 1953, I, 641; Consiglio di Stato, 24 giugno 1959, in Consiglio di Stato, 1959, I, 929). Molto più articolata e garantista era, invece, la posizione della dottrina; si vedano, in particolare le tesi di E. GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1951, III, 123 ss.; E. CASETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, 159 ss.; A. LUGO, *Sulla pronuncia di cessazione della materia del contendere*, cit., 144 ss.; A. TROCCOLI, *La cessazione della materia del contendere*, in *Corr. amm.*, 1958, 528 ss.; G. DE STEFANO, *Sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1961, 572 ss.; M. GIORGIANNI, *Osservazioni sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, in *Giur. amm. sic.*, 1961, 415 ss.; A. ROMANO, *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta d'interesse*, in *Problemi del processo amministrativo, Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso*

tivo in materia era stato cristallizzato, accogliendo la tesi meno garantista nei confronti del privato, dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 3 maggio 1960<sup>5</sup>. In quella circostanza, il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa – che si pronunciava in via principale sulla materia del silenzio-rifiuto – riaffermando l'esatta coincidenza tra provvedimento impugnato ed oggetto del processo (in virtù della quale dal venir meno dell'atto si faceva discendere, in ogni caso ed a prescindere da qualsivoglia valutazione di merito, la conclusione del giudizio), aveva consolidato la natura di pronuncia di rito della declaratoria di cessazione della materia del contendere<sup>6</sup>. Così, anche nel caso in cui l'annullamento o la sostituzione dell'atto oggetto di ricorso non risultassero soddisfacenti per il ricorrente, si riteneva che fosse doveroso concludere il giudizio con una pronuncia di cessazione della materia del contendere sulla base della sola constatazione del venir meno dell'atto (e, dunque, senza esaminare i motivi addotti nel ricorso). Tale visione era funzionale al mantenimento in capo alla P.a. del potere di riesame ed eventuale annullamento dello stesso atto che aveva determinato la cessazione della materia del contendere, escludendo così la possibilità che, a seguito della relativa pronuncia, si radicasse un giudicato sulla pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

La rigidità della giurisprudenza del tempo discendeva anche dai dubbi relativi alla sorte che sarebbe spettata al processo laddove l'annullamento sopravvenuto del provvedimento (in termini non soddisfattivi per il ricorrente) non avesse determinato cessazione della materia del contendere. Se, infatti, in dottrina si discorreva già di conversione dell'azione e di carenza sopravvenuta di interesse, le decisioni dei giudici, ancorate ad una visione monolitica ed esclusivamente demolitoria del processo amministrativo, rimanevano assestate su posizioni poco flessibili.

Questo assetto giurisprudenziale – la cui «incongruenza deriva[va] direttamente dalla rigida concezione del processo amministrativo come processo di

---

dalla *Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 19-22 settembre 1963*, Milano, 1964, 353 ss. Per un'analisi dei profili evolutivi dell'istituto in chiave comparata con il processo civile, si veda F. SASSANI, *La cessazione della materia del contendere: profili di diritto interno e comparato*, 2015, in [www.eprints-phd.biblio.uniin.it](http://www.eprints-phd.biblio.uniin.it)

<sup>5</sup> Cfr., Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8, in *Giur. it.*, 1960, III, 257 ss., con nota di E. GUICCIARDI.

<sup>6</sup> L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, partendo dalla natura di pronuncia di rito della declaratoria di c.m.c., si era occupata anche dei rapporti tra quest'ultima e la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere, riconducendo la distinzione tra le due figure ad una mera espressione terminologica. Dal momento che, come la Plenaria affermava, il provvedimento esplicito sopravvenuto faceva venir meno l'oggetto del giudizio, se questo fosse stato ancora lesivo, l'interessato avrebbe dovuto impugnarlo con un nuovo ricorso giurisdizionale. Invero la sentenza della Plenaria, malgrado l'esplicita presa di posizione sul punto, poneva – di fatto – una distinzione sostanziale tra i due istituti. La questione, che sarà meglio approfondita nel paragrafo 2, è stata ampiamente analizzata da A. ROMANO, *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta d'interesse*, cit.

impugnazione di un atto: di un processo, cioè, i cui limiti sono rigorosamente posti dall'atto stesso<sup>7</sup> – conduceva, però, alla iniqua situazione in cui la Pubblica amministrazione, esercitando i propri poteri di autotutela, avrebbe potuto impedire *ad libitum* una pronuncia di merito da parte del giudice amministrativo, privando la situazione giuridica soggettiva del privato di una adeguata tutela giurisdizionale<sup>8</sup>. Di contro, al potere giudiziario rimaneva affidato l'esercizio di un mero controllo esterno, in cui la rilevanza del “fatto” – considerato soltanto attraverso la lente del provvedimento amministrativo – era destinata a rimanere ai margini di un processo configurato in termini oggettivi ed attizi<sup>9</sup>.

Il riconoscimento legislativo dell'istituto della cessazione della materia del contendere è avvenuto soltanto con la legge n. 1034/1971 (c.d. Legge T.a.r.), il cui art. 23, comma 7 disponeva che, se entro il termine per la fissazione dell'udienza, l'amministrazione avesse annullato o riformato l'atto impugnato in modo conforme alla istanza del ricorrente, il tribunale amministrativo regionale avrebbe dovuto “dare atto” della cessata materia del contendere e provvede sulle spese<sup>10</sup>. La portata innovativa della norma – già auspicata, *de iure condendo*, dalla dottrina – era evidente: circoscrivendo la declaratoria di cessazione della

<sup>7</sup> «Si moltiplicano le critiche di inadeguatezza contro questa concezione e, per la verità, il processo amministrativo, così definito, si rivela ogni giorno di più come incapace a dare una completa tutela giurisdizionale alle varie posizioni del privato che pure di tale tutela appaiono meritevoli»: così, A. ROMANO, ult. op. cit.

<sup>8</sup> Non mancavano, invero, pronunce orientate verso una interpretazione maggiormente garantista per il privato, che tendevano ad escludere la declaratoria della cessazione della materia del contendere in tutti quei casi in cui l'intervento amministrativo sul provvedimento impugnato non fosse idoneo a salvaguardare le pretese del ricorrente, così come articolate nell'atto introduttivo del giudizio (Cfr., Consiglio di Stato, 9 dicembre 1959, in Consiglio di Stato, 1959, I, 1754, secondo cui la cessazione della materia del contendere poteva verificarsi «solo quando l'atto impugnato venga rimosso dall'Amministrazione nel suo potere di autoimpugnativa e ne vengano eliminati completamente gli effetti, in modo che il ricorrente, per tale via, ottenga il medesimo risultato che avrebbe potuto ottenere attraverso una pronuncia giurisdizionale di accoglimento del ricorso»). Richiama e valorizza questa giurisprudenza E. GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo*, cit.

<sup>9</sup> In tal senso, V. BERLINGÒ, *Fatto e giudizio, Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, 2020, 66.

<sup>10</sup> Cfr., in dottrina, E. CANNADA BARTOLI, *La cessazione della materia del contendere nella legge sui tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 682 ss.; C. GALTIERI, *La cessazione della materia del contendere davanti ai tribunali amministrativi regionali*, in *Consiglio di Stato*, 1974, II, 1187 ss.; T. DE BLASIO, *Cessazione della materia del contendere nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, secondo la legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Foro amm.*, 1979, 1102 ss. L'art. 27 della Legge T.a.r. prescriveva, inoltre, il più snello procedimento in camera di consiglio nei ricorsi per i quali tutte le parti richiedessero che fosse formulata la cessazione della materia del contendere. Alla sentenza di cessazione della materia del contendere si poteva, dunque, pervenire per due strade: con sentenza emessa nell'ambito del rito ordinario, quando la causa scatenante veniva rilevata d'ufficio dal giudice o segnalata dalla parte ricorrente; con rito camerale, quando le parti fossero concordi sulla valenza estintiva del fatto/atto sopravvenuto.

materia del contendere alle sole ipotesi in cui l'atto di annullamento o di riforma del provvedimento impugnato risultasse conforme alle istanze del ricorrente, la Legge T.a.r. – di fatto – impediva al giudice di limitarsi ad accertare la mera sussistenza di una sopravvenienza, dovendo procedere altresì alla valutazione dei suoi effetti sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio con i motivi di ricorso e non più soltanto sull'atto amministrativo impugnato.

Parte della dottrina considerò estremamente importante questa nuova previsione, attribuendole un rilievo “sistematico”, idoneo ad incidere sulla stessa configurazione del giudizio amministrativo<sup>11</sup> ed a determinare il superamento della sua concezione di «giudizio su atti, per accedere a quella del giudizio sul rapporto o sulla pretesa sostanziale sottesa alla domanda di annullamento dell'atto lesivo»<sup>12</sup>. Inserendo la nozione di “satisfattorietà” nel giudizio di legittimità, il legislatore rendeva il Giudice amministrativo conoscitore del fatto al fine di accertare il permanere di una lesione, pur nel venir meno del provvedimento amministrativo che aveva dato origine al giudizio<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> E. FERRARI, *Commento sub art. 26 l. n. 1034/1971*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Padova, 1992, 709-710.

<sup>12</sup> V. CAIANIELLO, voce *Cessazione della materia del contendere*, cit., secondo cui «(...) la materia del contendere può ritenersi venuta meno solo quando sia cessata la lesione sulla quale si innesta l'interesse a ricorrere che condiziona il diritto di azione. Quando il ritiro dell'atto sia avvenuto mediante la sostituzione ad esso di altro atto a seguito del quale permanga la lesione che il ricorrente tendeva ad eliminare con la proposizione del ricorso avverso il primitivo atto, non può parlarsi di cessazione della materia del contendere, perché l'oggetto della controversia continua a sussistere».

<sup>13</sup> È evidente che l'analisi del campo di azione dell'istituto della cessazione della materia del contendere si lega strettamente alle indagini sull'individuazione dell'oggetto del giudizio amministrativo che, tuttavia, non possono in tale sede essere oggetto di adeguato approfondimento. Si rinvia, dunque, senza pretese di esaustività, a: A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1960; R. VILLATA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1968 (che già rilevava come «proprio nell'accertamento del rapporto va individuato il carattere chiaramente essenziale della giurisdizione amministrativa», 499); M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui Tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1972, 1815 ss.; G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1972, 1861 ss.; G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975 (secondo cui l'atto impugnato rappresentava non l'oggetto del giudizio, ma l'occasione per ottenere la tutela del giudice in ordine alle situazioni sostanziali d'interesse legittimo connesse a quel provvedimento); V. CAIANIELLO., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, I, 852; R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1991, 507 ss.; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1/2016, 115; G. GRECO, *Giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, *Dir. Soc.*, 2/2016, 36 ss.; G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 763 ss.; F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, 2017; A. POLICE, *L'epifania*

La giurisprudenza successiva, malgrado qualche resistenza, recepì agevolmente il cambiamento posto in essere dal legislatore, iniziando a riferirsi – per la declaratoria della cessazione della materia del contendere – alle ipotesi in cui l’atto sopravvenuto avesse completamente soddisfatto l’interesse che il ricorrente assumeva leso con il ricorso, facendo ottenere a quest’ultimo il medesimo risultato che sarebbe disceso da una pronuncia giurisdizionale di accoglimento.

In particolare, la pronuncia circa la c.m.c. venne ricondotta all’accertamento di una vicenda sostanziale, dal quale si fece discendere altresì la preclusione nei confronti dell’amministrazione a modificare la situazione giuridica posta in essere con il provvedimento, anteriormente emanato, da cui fosse conseguita l’integrale soddisfazione dell’interesse legittimo fatto valere dal ricorrente<sup>14</sup>.

In una prima fase, però, nel silenzio del legislatore, non appariva ancora del tutto certo se alla sentenza – poi diventata decreto<sup>15</sup> – di cessazione della materia del contendere dovesse attribuirsi natura di pronuncia di rito ovvero di merito. Ed il problema si riconnetteva anche a quello più ampio dell’ammissibilità di sentenze dichiarative (o di mero accertamento) in sede di giurisdizione generale di legittimità<sup>16</sup>.

Ad ogni modo, dopo qualche incertezza, la giurisprudenza prevalente optò per il riconoscimento della natura di pronuncia di merito della c.m.c. (invero, già ampiamente argomentata in dottrina), facendo leva sulla tipologia di accertamento (relativo alla conformità della sopravvenienza rispetto all’interesse del ricorrente) che il giudice, con essa, era chiamato ad operare. Un passo partico-

---

della piena giurisdizione nella prima stagione della “giurisdizione propria” del Consiglio di Stato, in *Persona e Amministrazione*, 2-2018, 263 ss.; F. G. SCOCA, *L’evoluzione del sistema*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. SCOCA, Torino, 2020, 20 ss.

<sup>14</sup> Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, VI Sez., 30 marzo 1982; Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 1992, n. 1319; Consiglio di Stato, sez. V, 20 aprile 1994, n. 331; Consiglio di Stato, sez. VI, 7 luglio 1995, n. 661, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per un approfondimento, si vedano le riflessioni di P. NUMERICO, voce *Cessazione della materia del contendere – Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988 e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>15</sup> La legge n. 205/2000, con l’intento di semplificare il più possibile le regole procedurali relative alla estinzione e conclusione del giudizio amministrativo, aveva successivamente integrato l’art. 26 della Legge T.a.r., stabilendo che la cessazione della materia del contendere – al pari della rinuncia al ricorso e della perenzione – fosse pronunciata con decreto monocratico del presidente della sezione competente o di un magistrato da lui delegato. Per un approfondimento sul punto, si rinvia alla ricostruzione di N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2021, 515 ss. La stessa l. n. 205/2000, introducendo nel processo amministrativo l’istituto dei motivi aggiunti, aveva ulteriormente rafforzato il legame tra la pronuncia di c.m.c. e piena soddisfazione della pretesa del ricorrente. Infatti, in tutte le ipotesi in cui, in pendenza del ricorso, fosse sopraggiunto un nuovo provvedimento idoneo a incidere su quello impugnato in maniera non conforme alle istanze del ricorrente, non potendo venir meno la materia del contendere, il ricorrente avrebbe potuto mantenere in vita il giudizio instaurato, ampliando il *thema decidendum*.

<sup>16</sup> A. ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della P.A.*, Milano, 1953; E. GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo*, cit.

larmente importante fu compiuto dalla VI sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 661 del 7 luglio 1995, con la quale si riconobbe alla dichiarazione di c.m.c. l'attitudine a divenire cosa giudicata sostanziale e, dunque, l'idoneità a produrre effetti conformativi tali da precludere alla P.A. di adottare atti con essa contrastanti<sup>17</sup>. Determinando l'intangibilità della situazione acquisita da parte ricorrente, la pronuncia di c.m.c. consentiva all'interessato anche la possibilità di esperire, a sua tutela, il giudizio di ottemperanza<sup>18</sup>.

Le risultanze di questa lunga elaborazione teorica dell'istituto sono, da ultimo, confluite nel Codice del processo amministrativo che – com'è noto – ha inserito la disciplina della pronuncia di cessazione della materia del contendere nell'art. 34, dedicato alle sentenze di merito, disponendo che «qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere».

La novità più rilevante introdotta dalla norma codicistica si rinviene nell'impiego di una locuzione più chiara e sintetica rispetto alla formula lessicale adoperata dalla normativa previgente, che – espungendo il riferimento espresso all'annullamento o alla riforma dell'atto impugnato da parte dell'Amministrazione – connette, senza più alcun dubbio interpretativo, la pronuncia di cessata materia del contendere esclusivamente al pieno soddisfacimento della pretesa azionata con il ricorso, indipendentemente dalla domanda esperita.

Di conseguenza, oltre alle ipotesi tradizionali di annullamento con efficacia *ex tunc*, ovvero di riforma in chiave satisfattoria del provvedimento impugnato<sup>19</sup>, si avrà certamente una pronuncia di cessazione della materia del contendere ai sensi dell'art. 34, comma 5 c.p.a., ad esempio, nei casi di pagamento di una somma di denaro pretesa dal privato (anche nel corso di un giudizio risarcitorio), di rilascio del provvedimento richiesto nell'ambito del giudizio avverso il

---

<sup>17</sup> Cfr., Consiglio di Stato, 7 luglio 1995, n. 66, in *Giur. it.*, 1996, III, 428-442 con nota di E. CANNADA BARTOLI.

<sup>18</sup> Sull'attuale ammissibilità del giudizio di ottemperanza a seguito di sentenza di cessazione della materia del contendere, si vedano: Consiglio di Stato, sez. VI, 23 novembre 2020, n. 7306; Id., sez. V, 3 marzo 2012, n. 1259, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>19</sup> Si avrà cessazione della materia del contendere anche nei casi in cui il ritiro del provvedimento impugnato (o il suo annullamento) sia stato disposto da amministrazione o autorità diversa da quella che lo aveva emanato o a seguito di pronuncia giurisdizionale di altro giudice. Cfr., A. IACOPINO, *Estinzione del processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. SCOCA, Torino, 2020, 523; A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, Napoli, 2021, 359. La giurisprudenza è da tempo orientata a ritenere quale causa di cessazione della materia del contendere anche l'ipotesi di definizione transattiva della lite tra le parti, sia pure a determinate condizioni, in mancanza delle quali si determina la diversa fattispecie dell'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1317; Id., sez. III, 11 febbraio 2019, n. 995, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Per una disamina più accurata, si veda A. CASSATELLA, *Art. 34*, in *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI, Torino, 2021.

silenzio dell'Amministrazione, di esecuzione della sentenza da parte della P.A. in pendenza di un giudizio di ottemperanza. *A contrario*, non potranno in alcun modo determinare cessazione della materia del contendere l'atto di revoca del provvedimento impugnato, avente *ex lege* efficacia *ex nunc*, l'annullamento parziale dell'atto lesivo, la sostituzione dello stesso provvedimento con altro atto sostanzialmente confermativo delle decisioni precedentemente assunte, né – nell'ambito del rito avverso l'inerzia della p.a. – l'emaneazione di un provvedimento espresso di diniego<sup>20</sup>.

Un'ipotesi particolare, espressamente considerata dalla giurisprudenza<sup>21</sup>, è quella in cui la cessata materia del contendere sia determinata dalla sopravvenuta adozione di un provvedimento favorevole alla parte ricorrente, assunto però all'esito di un'ordinanza di accoglimento della domanda cautelare proposta con il ricorso. In questi casi, il Consiglio di Stato, al fine di individuare gli effetti (sostanziali e processuali) riconducibili alla decisione amministrativa sopravvenuta e verificare la possibilità di dichiarare la cessazione della materia del contendere, ritiene che sia necessario valutare se l'Amministrazione si sia determinata autonomamente ovvero in mera esecuzione alla statuizione giudiziale. Nella prima ipotesi, infatti, l'Amministrazione, condividendo i profili emersi in sede cautelare, detta una *regula iuris* tendenzialmente stabile, al fine di attuare un nuovo assetto di interessi, sostitutivo di quello censurato in giudizio ed idoneo a governare il rapporto con il privato. Nella seconda ipotesi, invece, il provvedimento sopravvenuto viene assunto al solo fine di ottemperare ad una prescrizione del giudice, realizzando, per l'effetto, un assetto di interessi per propria natura interinale, destinato ad essere caducato in caso di esito del giudizio favorevole all'Amministrazione procedente. In quest'ultimo caso, dunque, si manifesta una doverosa ottemperanza dell'ordine giurisdizionale che non è idonea a determinare l'estinzione del giudizio<sup>22</sup>, ma garantisce soltanto la cautela della situazione giuridica soggettiva sottesa all'azione giudiziaria, in attesa della definizione della causa.

A ben vedere, il minimo comun denominatore di tutte le fattispecie che fanno capo alla cessazione della materia del contendere si rinviene nell'accer-

<sup>20</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2979, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, 19 settembre 2018, n. 5466; Id. 15 marzo 2021, n. 2224, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>22</sup> Invero, nei casi di cessazione della materia del contendere non è del tutto esatto parlare di "estinzione" del giudizio, a meno che non si voglia assumere l'espressione in senso atecnico (cfr. A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, cit., 359). Pertanto, la cessazione della materia del contendere deve essere correttamente intesa non come causa di estinzione del processo, ma come effetto del venir meno di un presupposto esistente nel terreno sostanziale necessario ai fini dell'esistenza del giudizio. Sicché, l'estinzione sarà conseguenza normale della sentenza che accerti tale condizione e non effetto diretto dei fatti che ne sono oggetto. In tali termini, F. BENVENUTI, voce *Estinzione del processo* (*Dir. amm.*), in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1966.

tamento da parte del giudice – attraverso una pronuncia di merito idonea a formare giudicato sostanziale e, dunque, a condizionare, con effetti preclusivi e conformativi, il successivo esercizio del pubblico potere – della natura soddisfattiva della sopravvenienza (fattuale o provvedimentale), che deve risultare idonea a determinare una nuova configurazione del rapporto tra privato e pubblica amministrazione ed a riconoscere al primo le stesse identiche utilità che avrebbe potuto conseguire con l'accoglimento del ricorso<sup>23</sup>.

2. *La linea di demarcazione tra declaratoria di cessazione della materia del contendere ed improcedibilità del ricorso per carenza sopravvenuta di interesse*

Prima della l. n. 1034/1971, le ipotesi di sopravvenienza idonee ad influire sul giudizio in corso di svolgimento venivano fatte confluire indistintamente nelle due formule decisorie della “cessazione della materia del contendere” e della “improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse”, come fossero entrambe specie all'interno del medesimo *genus*.

La stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 3 maggio 1960, attribuendo natura di pronuncia di rito alla declaratoria di c.m.c., aveva ridotto la distinzione tra le due figure ad una mera espressione terminologica<sup>24</sup>. Nondimeno, il legislatore del 1971 aveva completamente ignorato l'istituto della sopravvenuta carenza di interesse<sup>25</sup>, al punto che la giurisprudenza arrivò a chiedersi se la sola previsione normativa della cessazione della materia del contendere avesse implicitamente escluso la possibilità di chiudere un giudizio facendo ricorso ad altre formule affini<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> «[L]a fattispecie della cessazione della materia del contendere può essere prospettata come causa estintiva dello stesso, nel merito, solo quando la pretesa del ricorrente, ovvero il bene della vita cui aspira, ha trovato piena e comprovata soddisfazione in via extragiudiziale, sì da rendere del tutto inutile la prosecuzione del processo stante l'oggettivo venir meno della lite, e ciò indipendentemente dal carattere annullatorio del giudizio; in definitiva è decisivo che la situazione sopravvenuta soddisfi in modo pieno ed irrettrabile il diritto o l'interesse legittimo esercitato, così da non residuare alcuna utilità alla pronuncia di merito»: Consiglio di Stato, sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 383. Sul punto la giurisprudenza è ormai pacifica. Cfr., anche Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2009, n. 1316; Id., 24 novembre 2009, n. 7363; Id., 21 dicembre 2010, n. 9319; Id. 5 marzo 2012, n. 1258; Id., 5 aprile 2016, n.1332; Id., sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5533; Id., 28 giugno 2016, n. 2909; Id., 24 luglio 2017, n. 3638, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>24</sup> Cfr. *supra*, note 5-6.

<sup>25</sup> Definisce «poco significativo perché verosimilmente inconsapevole» il silenzio del legislatore della Legge T.a.r. sull'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 491.

<sup>26</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 30 aprile 1998, n. 709, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che rilevò – comunque – la autonoma valenza concettuale della declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse.

Ad ogni modo, la giurisprudenza successiva – pure sollecitata dalla dottrina, che aveva da tempo argomentato la netta distinzione tra i due istituti<sup>27</sup> – ben presto si proiettò verso la piena scissione concettuale dei due istituti, rilevando peraltro la ben più ampia ed eterogenea incidenza della sopravvenuta carenza di interesse nella prassi dei Tribunali amministrativi<sup>28</sup>, nonché la maggiore complessità del relativo accertamento.

Il discrimine tra i due istituti si coglieva in pieno volgendo lo sguardo agli effetti prodotti dalla sopravvenienza nella sfera giuridica soggettiva del ricorrente: se la pronuncia di cessazione della materia del contendere discendeva da eventi direttamente incidenti sull'oggetto del giudizio (fosse esso identificato con il provvedimento impugnato, ovvero con il rapporto instaurato tra amministrazione e privato), facendo conseguire al privato l'utilità agognata, la sopravvenuta carenza di interesse si ricollegava ad una modificazione della sfera personale del soggetto che interferiva con il mantenimento dell'interesse ad agire<sup>29</sup>. In altre parole, si rilevò che nella prima figura la sopravvenienza causava il venir meno dell'interesse materiale alla tutela giurisdizionale, in virtù del pieno soddisfacimento della pretesa sostanziale del ricorrente, laddove, nella seconda, essa incideva sul mantenimento di un presupposto processuale, determinando l'impossibilità per il ricorrente di conseguire un risultato vantaggioso da una eventuale pronuncia di accoglimento e, di conseguenza, l'inutilità di un pronun-

<sup>27</sup> Si veda, per tutti, A. ROMANO, *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta d'interesse*, cit.

<sup>28</sup> Nelle prime pronunce successive alla Legge T.a.r., la giurisprudenza ha adoperato la formula della improcedibilità per difetto sopravvenuto di interesse prevalentemente nei casi – particolarmente frequenti in presenza di interessi di natura pretensiva – in cui l'atto sopravvenuto aveva eliminato quello precedente senza però soddisfare l'interesse del ricorrente: cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 1978, n. 958; Id., sez. VI, 28 novembre 1978, n. 1253; Id., sez. IV, 3 aprile 1979, n. 244; Id. 13 novembre 1979, n. 989: «è improcedibile, per sopravvenuto difetto d'interesse, il ricorso contro un provvedimento revocato in corso di giudizio e sostituito con altro atto, pur se questo non risulti pienamente satisfattivo»; Id., 29 aprile 1980, n. 470: «il ricorso giurisdizionale diviene improcedibile quando, per effetto dell'adozione di ulteriori provvedimenti, ancorché non integralmente satisfattivi della pretesa fatta valere in giudizio, e pertanto non idonei a far dichiarare cessata la materia del contendere, risulti mutata la situazione che aveva dato luogo all'impugnazione, con conseguente sopravvenuta carenza di interesse»; Id., sez. V, 18 gennaio 1984, n. 41: «è improcedibile per difetto sopravvenuto di interesse il ricorso contro un atto medio tempore sostituito da altro provvedimento non confermativo dell'atto impugnato». Tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>29</sup> Com'è noto, l'interesse ad agire o a ricorrere – che deve sempre essere personale, concreto ed attuale – coincide con l'utilità concreta che il ricorrente potrebbe conseguire con l'accoglimento del ricorso, la cui proposizione rimane appunto condizionata dalla possibilità del raggiungimento di questa utilità. Ugualmente, il mantenimento in vita del giudizio è inscindibilmente connesso al permanere di tale interesse (cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6257/2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Cfr., R. VILLATA, voce *Interesse ad agire, Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989.

ciamento giudiziale sulla fondatezza del ricorso<sup>30</sup>. Da qui la configurazione della dichiarazione di carenza sopravvenuta di interesse come pronuncia di mero rito, a fronte della natura di merito dell'accertamento posto alla base della cessazione della materia del contendere.

Il Codice del processo amministrativo, a differenza della Legge T.a.r. del 1971, ha previsto espressamente la figura della carenza sopravvenuta di interesse, riconoscendole piena autonomia concettuale e normativa. In particolare, l'art. 35, comma 1, lett. c) c.p.a. ricomprende tale formula processuale tra le sentenze di rito, stabilendo che «il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso (...) improcedibile quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse di una delle parti alla decisione»<sup>31</sup>. L'art. 84, comma 4 c.p.a. – ad integrazione della disposizione precedente – prevede, poi, che il giudice, anche a prescindere da una rinuncia di parte, possa desumere dall'intervento di fatti o atti univoci, successivi alla proposizione del ricorso, nonché dal comportamento delle parti, argomenti che provino la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione della causa.

Si tratta, invero, di norme estremamente generiche, che nulla dicono sul concreto atteggiarsi della sopravvenuta carenza di interesse in ambito processuale. La giurisprudenza più recente, dal canto suo, ha sostanzialmente mantenuto l'orientamento già consolidatosi sotto la vigenza della l. n. 1034/1971, affermando a più riprese che la carenza sopravvenuta di interesse si sostanzia laddove – a seguito della modificazione della situazione di fatto e di diritto cristallizzata al momento della proposizione della domanda – l'eventuale accoglimento del ricorso non produrrebbe più alcuna utilità per il ricorrente. Essa, anche quando interviene all'esito di un nuovo provvedimento (non integralmente soddisfacitivo), si riconnette, dunque, pacificamente al venir meno della condizione dell'azione dell'interesse a ricorrere<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr., V. CAIANIELLO, voce *Cessazione della materia del contendere (diritto amministrativo)*, cit.; A.M. CORSO, *Cessazione della materia del contendere ed oggetto del giudizio amministrativo*, in *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, a cura di V. SPAGNUOLO VIGORITA, Napoli, 1983, 411 ss. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 474; Id. 10 marzo 1997, n. 242, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>31</sup> Diversamente, in ipotesi di carenza originaria di un interesse a ricorrere, il ricorso sarà dichiarato inammissibile a sensi della lett. b) della medesima norma.

<sup>32</sup> Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 24 luglio 2017, n. 3638; Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 20 maggio 2019, n. 453, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche la recentissima Consiglio di Stato sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 397 (conforme a Id. 15 marzo 2021, n. 2224), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Sul punto, si rinvia alla ricostruzione di A. CASSATELLA, *Art. 35*, in *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, cit. Se la sopravvenuta carenza dell'interesse si verifica nel corso del giudizio di appello, essa determina l'improcedibilità di entrambi i gradi di giudizio, salvo il caso in cui non si verta in ipotesi di difetto della condizione della sola azione di appello. In tutti gli altri casi, infatti, la portata del fatto sopravvenuto è tale da rendere la sentenza oggetto del giudizio priva di attualità e, dunque, meritevole di rimozione (cfr., Consiglio di Stato, sez. III, 30 settembre 2021, n. 6558).

A ben vedere, il giudizio sulla “utilità della pronuncia” appare molto più complesso ed articolato rispetto a quello relativo alla soddisfazione extragiudiziale della pretesa cui si riferisce la pronuncia di cessazione della materia del contendere, che si sostanzia in una valutazione circoscritta all’effettivo ottenimento del bene della vita agognato.

Sia pur nella consapevolezza dell’impossibilità di compiere una mappatura completa delle ipotesi di carenza sopravvenuta di interesse, in ottica ricostruttiva può essere utile porre una preventiva distinzione tra i casi nei quali l’impossibilità di ottenere un risultato utile con il ricorso derivi in via diretta da una norma sopravvenuta che – di fatto – vieti giuridicamente la possibilità di conseguire il bene della vita ed i casi in cui tale impossibilità discenda invece dall’esercizio del potere amministrativo<sup>33</sup>. Nella prima ipotesi il giudizio pare ancorato al mero rilievo della sopravvenienza normativa: l’utilità a cui il privato aspira, a seguito di una nuova regolamentazione del rapporto, diviene antiggiuridica e, secondo parte della dottrina, ciò determinerebbe il venir meno della stessa situazione giuridica soggettiva da tutelare<sup>34</sup>.

Nella seconda ipotesi, in cui l’effetto estintivo deriva da una scelta discrezionale dell’amministrazione, il problema appare più complesso, poiché si riconnette all’intensità dell’effetto di stabilizzazione del rapporto determinato dall’attività amministrativa successiva. In questo contesto, l’esempio tipico di sopravvenuta carenza di interesse si verifica laddove l’Amministrazione adotti, nelle more del giudizio, un nuovo provvedimento (non impugnato) che fissi un diverso assetto degli interessi, in modo che i rapporti con il privato risultino regolati dal nuovo atto e l’eliminazione giurisdizionale di quello impugnato non risulti più in alcun modo funzionale alla tutela della pretesa del ricorrente.

Tali considerazioni consentono di effettuare una prima “riduzione di campo”, affermando che la sopravvenuta carenza di interesse non emerge dalla mancata impugnazione di qualsiasi provvedimento successivo che incida sul rapporto, ma soltanto dalla stabilizzazione di quegli atti che assumano una particolare qualificazione sul piano degli effetti prodotti.

Così, in via generale, pare corretto ritenere che gli atti confermativi, conse-

---

<sup>33</sup> Vi sono anche casi in cui l’effetto estintivo si produce con il solo scorrere del tempo ed a prescindere dall’attività amministrativa successiva: si pensi ai provvedimenti a natura provvisoria che abbiano esaurito, in pendenza di giudizio, la loro efficacia. L’interesse a ricorrere può, ancora, venir meno a causa di un comportamento dello stesso ricorrente, ad esempio nel caso di presentazione di una nuova istanza all’Amministrazione che ha emanato il provvedimento impugnato che assuma valore di chiara ed inequivocabile acquiescenza rispetto alla pretesa fatta valere con il ricorso. Non è, ovviamente, possibile, in tale sede, passare in rassegna le numerose e varieguate ipotesi in cui la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di rilevare una carenza sopravvenuta di interesse. Per un’analisi più accurata sul punto si rinvia a N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 496 ss.

<sup>34</sup> In tale direzione si esprime S. TORRICELLI, *Confini incerti e mutevoli dell’interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2021, 22 ss.

quenziali ed esecutivi del provvedimento impugnato non siano idonei ad influire in termini estintivi sul giudizio in corso, poiché essi sarebbero comunque travolti dall'annullamento originariamente richiesto e la loro impugnazione non dovrebbe essere, dunque, considerata necessaria. Diversamente, in assenza della tempestiva impugnazione di tutti gli atti da cui discenda un'ulteriore estrinsecazione sostanziale del rapporto<sup>35</sup> ed emergano conseguenze negative autonome sulla posizione giuridica del ricorrente, il ricorso dovrà essere dichiarato improcedibile per carenza sopravvenuta d'interesse<sup>36</sup>. Ciò perché, in questi casi, l'interesse a ricorrere – che viene meno nel primo giudizio – deve ritenersi traslato sul nuovo provvedimento<sup>37</sup>.

Come già rilevato, l'indagine condotta dal giudice su tali profili risulta particolarmente gravosa, anche perché – come la stessa giurisprudenza ha avuto modo, a più riprese, di sottolineare – il mantenimento di qualsivoglia interesse di parte all'esame della censura (sia pure esso solamente strumentale o morale, purché correlato ad una lesione attuale cagionata dall'azione amministrativa<sup>38</sup>) dovrebbe condurre sempre ad una decisione di merito<sup>39</sup>, pure al fine di scongiurare il rischio che la pronuncia di improcedibilità divenga strumento di elusione dell'obbligo di sindacare sulla domanda proposta<sup>40</sup>.

La delicatezza e la complessità dell'accertamento in questione hanno, invero, determinato non poche incertezze sul piano pratico, generando una casistica giurisprudenziale estremamente variegata e focalizzata problematicamente sul rapporto che intercorre tra fatto sopravvenuto ed interesse alla pronuncia giurisdizionale. Siffatta analisi non dovrebbe prescindere neppure dalla valutazione degli effetti conformativi e ripristinatori che potrebbero derivare da una eventuale

---

<sup>35</sup> A titolo esemplificativo, l'aggiudicazione rispetto alla esclusione dalla gara, l'approvazione della graduatoria dei vincitori rispetto all'esclusione dal concorso, il decreto finale di esproprio rispetto all'occupazione d'urgenza.

<sup>36</sup> In tal senso, F.G. COCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2020, 1095 ss. L'A. precisa che «se non si fanno valere vizi propri del provvedimento successivo, se cioè si deve rappresentare il solo “vizio” della illegittimità derivata, l'impugnazione dovrebbe essere ritenuta superflua; resterebbe invece necessaria per far valere i vizi propri del provvedimento sopravvenuto». Sull'efficacia caducante dell'atto presupposto, se vedano anche le prescrizioni dell'Adunanza plenaria n. 4 del 1970, con cui è stata introdotta la nota distinzione tra invalidità derivata ad effetto caducante e invalidità derivata ad effetto viziante (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 ottobre 1970, n. 4, in *Cons. St.*, 1970, 1543 ss.).

<sup>37</sup> In questi casi, la mancata impugnazione del provvedimento successivo determina la sopravvenuta carenza di interesse nel giudizio pendente sul provvedimento originario (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 2 luglio 2020, n. 4253, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>38</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2020, n. 2969, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>39</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2224; Id., sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4307; Id., sez. V, 6 novembre 2011, n. 5070; Id., 27 novembre 2015, n. 5379; Id., sez. IV, 14 dicembre 2015, n. 5663; Id., 16 dicembre 2016, n. 5340, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>40</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 12 aprile 2017, n. 1700; Id., sez. V, 8 aprile 2014, n. 1663; Id., sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4637, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

sentenza di accoglimento (non necessariamente ad effetti annullatori), anche nell'ottica del "condizionamento" dell'attività amministrativa futura. La piena effettività della stessa azione di annullamento non si manifesta, infatti, soltanto nella rimozione del provvedimento illegittimo, ma emerge anche in relazione alla "eliminazione" di «quella parte di esercizio del potere dannoso per non essere stato correttamente usato»<sup>41</sup>, seppure non risulti necessario l'annullamento del provvedimento impugnato. In particolare, accedendo alla concezione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino (così come definito dall'esercizio del pubblico potere), deve ritenersi che la valutazione del giudice si rivolga alla legittimità dell'uso del potere in relazione – non al solo provvedimento – ma all'intero assetto di interessi da esso determinato<sup>42</sup>.

Ciò si verifica, in particolare (ma non esclusivamente), nell'ipotesi in cui il ricorrente, pur non potendo – alla luce della sopravvenienza – trarre alcuna utilità dall'annullamento del provvedimento impugnato, mantenga un interesse ad ottenere un ristoro di tipo risarcitorio per il pregiudizio patito in conseguenza dell'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa. In altre parole, in tutti quei casi in cui venga meno l'interesse alla tutela in forma specifica consistente nell'annullamento dell'atto, ma permanga quello a conseguire una tutela per equivalente che risarcisca il privato dei danni subiti.

La fattispecie, che, com'è noto, è disciplinata dall'art. 34, comma 3 c.p.a. – a norma del quale «quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori» – ha dato vita ad un intenso dibattito giurisprudenziale ed è stata oggetto di una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato che ne ha chiarito l'ambito di applicazione (anche) con riguardo all'istituto della cessazione della materia del contendere, fornendo un interessante spunto di analisi.

### 3. *Riflessioni a partire da una recente sentenza del Consiglio di Stato*

La sentenza n. 6824 dell'11 ottobre 2021 della VI sezione del Consiglio di Stato s'incardina su una procedura valutativa per la chiamata di due professori

---

<sup>41</sup> Così, S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, 1397 ss., secondo cui «l'effettività dell'azione di annullamento impone che il giudice amministrativo fornisca tutto, e proprio tutto, quello che l'interesse legittimo garantisce al proprio titolare: la correttezza dell'uso del potere non solo come esplicito nel provvedimento amministrativo, ma anche in tutti gli elementi in cui si sostanzia l'esercizio del potere nell'ambito del rapporto».

<sup>42</sup> Per l'approfondimento della complessa e poliedrica nozione di "giudizio sul rapporto", si rinvia alla recente analisi di R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2021, 369 ss.

di seconda fascia, indetta nel 2016 dall'Università di Padova. L'*iter* processuale pregresso, al momento della decisione, risultava abbastanza complesso: dopo un primo annullamento giudiziario della procedura ed a seguito della rinnovazione della stessa, uno dei candidati non vincitori aveva nuovamente impugnato gli atti dinnanzi al T.a.r. del Veneto che, ancora una volta, aveva deciso per l'accoglimento del ricorso. Solo dopo aver incardinato il giudizio di appello dinnanzi al Consiglio di Stato, l'Università appellante aveva, però, fatto presente che il ricorrente vittorioso in primo grado era nel frattempo risultato vincitore di una nuova procedura concorsuale – indetta dalla medesima Università e per il medesimo ruolo – ed aveva, dunque, richiesto al giudice di dichiarare l'inammissibilità (*rectius* improcedibilità) del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. La parte appellata, dal canto suo, aveva rilevato l'impossibilità di dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse, rappresentando la necessità di ottenere una pronuncia di accertamento sull'illegittimità degli atti impugnati ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., ad essa utile ai fini di una successiva richiesta di risarcimento dei danni.

Il Consiglio di Stato, disattendendo le ipotesi prospettate da entrambe le parti, ha deciso per la declaratoria della cessazione della materia del contendere, rifacendosi a quell'orientamento – sopra ampiamente richiamato – che individua la linea di demarcazione tra c.m.c. e s.c.i. nel diverso accertamento sotteso alla loro adozione e connesso alla piena soddisfazione dell'interesse sostanziale connesso alla proposizione dell'azione<sup>43</sup>. Nel caso di specie, infatti, la parte appellata, non aveva più ragione di lagnarsi del provvedimento impugnato, avendo realizzato *aliter* l'obiettivo che intendeva perseguire con il ricorso: con la chiamata come professore di seconda fascia da parte dell'Università di Padova e la successiva formale presa di servizio, egli aveva conseguito interamente il bene della vita oggetto del giudizio, ottenendo, anzi, sul piano sostanziale più di quanto avrebbe potuto ricavare da una sentenza favorevole, che avrebbe potuto statuire, al più, l'obbligo di rinnovamento della procedura concorsuale.

La sentenza non è intervenuta in via innovativa sul piano dell'inquadramento dei confini della pronuncia di cessazione della materia del contendere, assestandosi invero sulle risultanze da tempo cristallizzate sul punto dalla giurisprudenza prevalente e già esaminate nei paragrafi precedenti. Come sopra anticipato, in essa si rinvengono, tuttavia, degli spunti di riflessione particolarmente interessanti con riferimento alla relazione che sussiste tra cessazione della materia del contendere e sopravvenuta carenza di interesse da una parte e la declaratoria dell'illegittimità degli atti ai fini risarcitori dall'altra, i cui profili tendono spesso ad apparire fumosi nella prassi giudiziaria.

---

<sup>43</sup> Cfr., *supra*, par. 2.

4. *In particolare: la sfera di applicazione dell'art. 34, comma 3 c.p.a. ed il suo rapporto con la pronuncia di cessazione della materia del contendere*

L'articolo 34, comma 3 del Codice del processo amministrativo prevede, com'è noto, la possibilità di convertire l'azione di annullamento – «quando, nel corso del giudizio» essa «non risulta più utile per il ricorrente» – in azione di mero accertamento, «se sussiste l'interesse ai fini risarcitori»<sup>44</sup>. La *regula iuris* si connette, evidentemente, al principio di effettività della tutela giurisdizionale ed al corollario che da tale principio discende, relativo all'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche<sup>45</sup>. Questa norma è stata, tuttavia, da sempre interpretata dalla giurisprudenza amministrativa in maniera frammentaria, non trovando, peraltro, sul piano pratico un'applicazione particolarmente diffusa. Prima di esaminare le direttive fornite sull'argomento dal Giudice amministrativo con la sentenza in esame, è – dunque – opportuno ricordare brevemente i principali filoni interpretativi che, nel tempo, si sono formati in materia.

Un primo orientamento rinviene nell'art. 34, comma 3 c.p.a. un vero e proprio potere-dovere di decidere il merito della causa, esercitabile *ex officio* dal giudice. Tale ricostruzione fa leva sulla formulazione letterale della norma e sulle esigenze di economia processuale ad essa sottese: emersa l'illegittimità degli atti impugnati, sarebbe – infatti – uno spreco di risorse giudiziarie il rinvio ad un futuro autonomo giudizio risarcitorio anche la cognizione di questi aspetti<sup>46</sup>. Appare evidente come, da un'applicazione rigorosa di tale orientamento, discendano difficoltà di coordinamento tra la disposizione normativa in esame ed il principio della domanda. Tale problema è stato, tuttavia, “risolto” dalla giurisprudenza ricorrendo al principio di contenenza e considerando che la domanda di annullamento racchiuderebbe in sé, necessariamente, anche un'attività di accertamento<sup>47</sup>.

Di contro, l'orientamento più restrittivo ritiene che l'accertamento dell'ille-

<sup>44</sup> Si pensi, ad esempio, al caso tipico di intervenuta integrale esecuzione dell'appalto in pendenza del giudizio volto all'annullamento degli atti di gara. In questo caso, se risulta inutile per il ricorrente perseverare nella richiesta di annullamento, persiste tuttavia in capo allo stesso l'interesse all'accertamento dell'illegittimità degli atti di gara, al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti.

<sup>45</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1214; Id. sez. IV, 5 dicembre 2016, n. 5102; Id. 16 giugno 2015, n. 2979; Id., sez. V, 24 luglio 2014, n. 3957 Id., 17 luglio 2020, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>46</sup> In tal senso, N. PAOLANTONIO, *Commento all'art. 34*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, con il coordinamento di F. CINTIOLI, F. FRENI, A. POLICE, Milano, 2015, 537.

<sup>47</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817; Id., 28 luglio 2014, n. 3997 e 24 luglio 2014, n. 3939; Id., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916; Id., 4 febbraio 2013, n. 646; Id., sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3848, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si veda, per un approfondimento, anche M. SILVESTRI, *Sull'abolizione pretoria dell'art. 34, co. 3, c.p.a. Ovvero dell'irrisarcibilità del danno per lesione del diritto all'istruzione*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2017, 1493 ss.

gittimità degli atti ai fini risarcitori sia ammissibile soltanto laddove la domanda di risarcimento sia stata proposta nello stesso giudizio, oppure quando parte ricorrente dimostri di aver già incardinato un separato giudizio di risarcimento (o di essere in procinto di farlo)<sup>48</sup>. In questo caso l'interpretazione giurisprudenziale pare andare "oltre" rispetto al dettato normativo, che fa riferimento alla sola sussistenza di un interesse risarcitorio.

Ancora, secondo un'interpretazione più recente, meno stringente della precedente, l'art. 34, comma 3, c.p.a. non può essere inteso nel senso che – in seguito ad una semplice generica indicazione della parte e in mancanza di una specifica domanda in tal senso – il giudice debba automaticamente verificare la sussistenza di un interesse a fini risarcitori. Secondo questa impostazione, diversamente opinando, perderebbe di senso a livello sistematico il principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria, così come enucleato dall'art. 30 c.p.a. e verrebbe svalutato anche il principio dispositivo che informa il giudizio amministrativo e che preclude la mutabilità *ex officio* del giudizio di annullamento, una volta azionato<sup>49</sup>. L'applicazione della norma *de qua*, pur non richiedendo la contestuale proposizione dell'azione risarcitoria, rimarrebbe, comunque, subordinata alla esplicita istanza di parte ed all'allegazione dell'effettiva sussistenza di un interesse risarcitorio.

Ad ogni modo, non può non rilevarsi come, anche accantonando la configurazione di una domanda (di accertamento) implicita ed escludendo parimenti l'ipotesi di una vera e propria *mutatio libelli*, l'applicazione dell'art. 34, comma 3 c.p.a. determini sempre effetti modificativi sull'oggetto del giudizio. L'*emendatio*<sup>50</sup> che si verifica in questi casi non pone, tuttavia, dinnanzi al giudice un nuovo tema d'indagine e neppure sposta i termini della controversia, ma si concreta nella variazione in senso riduttivo del *petitum* originario, al fine di renderlo adeguato alle sopraggiunte necessità di soddisfacimento del bisogno di tutela<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3848; Id., sez. V, 24 luglio 2014, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>49</sup> In questo senso, Consiglio di Stato, sez. III, 29 gennaio 2020, n. 736; Id., sez. IV, 17 gennaio 2020, n. 418; Id., sez. III, 8 gennaio 2018, n. 5771, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>50</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 31 agosto 2017, n. 4126, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui si ha semplice *emendatio libelli* quando si incida sulla *causa petendi* in modo che risulti modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul *petitum*, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere. In dottrina, F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010.

<sup>51</sup> Come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, «nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice. Poiché il ricorso non è mera "occasione" del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda,

Orbene, con la sentenza n. 6824/2021, il Consiglio di Stato pare aderire all'ultimo degli orientamenti richiamati. La ricostruzione effettuata – partendo dalla precisazione che l'unica forma d'interesse che, una volta acclarata l'inutilità dell'annullamento, legittima la prosecuzione del giudizio è quella che sorregge l'azione risarcitoria e che qualsiasi diversa apertura si porrebbe *contra legem*<sup>52</sup> – assegna, *in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva*, alla disponibilità della parte la deduzione dell'esistenza di suddetto interesse con apposita istanza, mentre onera il giudice dell'accertamento puntuale della sussistenza dei presupposti necessari ai fini dell'adozione della relativa pronuncia.

A ben vedere, il fulcro della vicenda riguarda proprio la qualificazione dell'interesse alla pronuncia di accertamento (ai fini del risarcimento). In proposito, pare corretto ritenere che tale interesse non sussista quando l'istanza della parte sia formulata in termini generici, dunque in assenza della connessione con utilità giuridiche attuali e funzionalmente riconducibili agli effetti del provvedimento impugnato. In un'ottica di coerenza sistematica, peraltro, l'assenza di un pregiudizio attuale dovrebbe *ex se* impedire una pronuncia ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., per non entrare in contrasto con il disposto di cui al comma 2, primo periodo della stessa norma, che – com'è noto – impedisce al giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati<sup>53</sup>. In definitiva, qualora le due azioni – di annullamento e di condanna – siano state esercitate simultaneamente, la persistenza dell'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto risulta *in re ipsa*. Laddove, invece, sia stata proposta solo la sola domanda di annullamento, perché il ricorrente si sia riservato di chiedere il risarcimento dei danni in un momento successivo, risulterà assolutamente necessaria un'istanza di parte che ben esponga l'interesse alla pronuncia di accertamento, in difetto della quale il giudice non potrà che chiudere in rito il processo per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere<sup>54</sup>.

---

in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte» (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). La vicenda dei tratti soggettivi della giurisdizione amministrativa non può, ovviamente, essere affrontata in questa sede. Per un inquadramento dottrinale della questione giuridica, si rinvia alla bibliografia citata nella nota 13.

<sup>52</sup> Si tratta di un orientamento consolidato. Cfr., sul punto, anche Consiglio di Stato, sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Parte della giurisprudenza ha, invece, ritenuto sufficiente – ai fini della norma in esame – la sussistenza di un mero interesse “morale” alla pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 giugno 2015, n. 2952, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>53</sup> Sull'argomento, si rinvia a M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 ss.; P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 94 ss.; M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *Persona e amministrazione*, 2-2018, 321 ss.

<sup>54</sup> Così, G. CORSO, *Commento all'art. 34, in Il processo amministrativo*, a cura di R. QUARANTA e R. LOPILATO, Milano, 2011, 334-345.

L'istituto in esame, secondo la ricostruzione del Consiglio di Stato, non può, peraltro, trovare applicazione in tutti i casi in cui la soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente renda necessaria una pronuncia sulla cessazione della materia del contendere (neppure, come si vedrà, ai fini della verifica della c.d. soccombenza virtuale per la condanna alle spese<sup>55</sup>). L'ambito di applicazione dell'art. 34, comma 3 viene, in altre parole, fatto coincidere con quello della sola dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse, nel senso che, ove ne ricorrano i presupposti, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati può essere accertata esclusivamente per evitare una pronuncia di rito relativa all'improcedibilità del ricorso.

Tale interpretazione appare coerente con la natura delle pronunce analizzate.

Prendendo le mosse dagli effetti che l'intervento di una sopravvenienza – fattuale o provvedimentoale – può determinare sulla scena processuale, le tre situazioni che possono configurarsi sono, infatti, le seguenti: 1) la piena realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente, con pronuncia di cessazione della materia del contendere; 2) l'impossibilità dell'ottenimento del bene della vita per la via processuale, con pronuncia di sopravvenuta carenza di interesse al ricorso; 3) la necessità, pure in assenza di un interesse all'annullamento degli atti, di una pronuncia di accertamento della loro illegittimità ai fini risarcitori.

Ebbene, nei casi di cui al punto 1), sulla scorta della ormai inequivocabile valenza di pronuncia di merito della declaratoria di c.m.c., l'illegittimità dei provvedimenti impugnati può essere desunta indirettamente dal riconoscimento della spettanza del bene della vita oggetto del giudizio da parte dell'Amministrazione. In altre parole, la declaratoria di cessazione della materia del contendere – per sua stessa natura – non necessita in alcun caso di essere “integrata” dall'accertamento di cui all'art. 34, comma 3 c.p.a., essendo essa già di per sé una pronuncia di merito idonea ad accertare il soddisfacimento della pretesa sostanziale dedotta in giudizio. Di conseguenza, la parte, per poter proporre una successiva azione risarcitoria, non avrebbe bisogno di un'ulteriore indagine giudiziale sulla illegittimità degli atti, rinvenendosi il presupposto oggettivo della illiceità della condotta pubblica nell'accertamento implicito alla pronuncia in esame.

Diversamente avviene nei casi di carenza sopravvenuta di interesse, laddove la pronuncia di mero rito che ne rileva l'operatività nulla potrebbe dire in merito al rapporto sostanziale sotteso al ricorso e, dunque, alla eventuale illegittimità dell'azione amministrativa. In definitiva, è solo per evitare una pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse (nelle modalità sopra richiamate ed al solo dichiarato fine di consentire la proposizione dell'azione risarcitoria) che la parte può rappresentare al giudice la necessità di una pronuncia di accertamento *ex* art. 34, comma 3 c.p.a.

---

<sup>55</sup> Cfr., *infra*, par. 3.2.

5. *L'(in)utilità dell'accertamento della c.d. "soccombenza virtuale" nei casi di cessazione della materia del contendere*

Com'è noto, nel processo amministrativo il pagamento delle spese di lite è da sempre stato ancorato al principio di soccombenza<sup>56</sup>. La regola della soccombenza era espressamente prevista già dalla l. n. 1034/1971 ed è stata confermata dal vigente art. 26, comma 1, del Codice<sup>57</sup>. Così, per tutte quelle ipotesi in cui il giudice non giunga ad una pronuncia di espresso accoglimento o rigetto della domanda proposta, è necessario individuare un criterio che consenta la corretta attribuzione degli oneri economici del processo.

Sotto questo profilo, la posizione del ricorrente nel processo amministrativo è stata – fino ad un certo punto – mortificata dall'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che, in caso di cessazione della materia del contendere, stabiliva la doverosa compensazione delle spese giudiziali, ritenendo inopportuno sottoporre alla "minaccia" del pagamento delle spese l'esercizio del potere di annullamento o di riforma dei provvedimenti impugnati da parte della P.A.<sup>58</sup>.

Fu soltanto a seguito dell'entrata in vigore della Legge T.a.r. – che affidò espressamente alla discrezionalità del giudice amministrativo la questione della ripartizione delle spese di lite nei casi di cessazione della materia del contendere<sup>59</sup> – che la giurisprudenza iniziò a mostrarsi più sensibile alla necessità di tutelare la posizione del privato che, pur in assenza di una sentenza di formale accoglimento del ricorso, risultasse parte sostanzialmente vittoriosa. Tale cambio di paradigma spianò, così, la strada all'operatività della formula della c.d. soccombenza virtuale<sup>60</sup>.

Questa locuzione è ancora oggi ampiamente utilizzata dal giudice ammi-

<sup>56</sup> Tale principio, in verità, fu in una prima fase ampiamente eluso dal Consiglio di Stato, sulla base della considerazione che la pubblica amministrazione nel processo amministrativo stesse in giudizio solo per la tutela dell'interesse pubblico affidatole.

<sup>57</sup> Sull'argomento, si vedano M. MENGOZZI, *Spese di giudizio*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2015, 359 e ss. e la dottrina e la giurisprudenza ivi citate.

<sup>58</sup> Cfr., G. DE STEFANO, *Sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, cit., 575 e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>59</sup> Invero, il progetto iniziale della Legge aveva aderito all'orientamento tradizionale che, in caso di pronuncia di cessazione della materia del contendere, rinveniva nella obbligatoria compensazione delle spese la decisione più corretta e ragionevole, alla luce della tutela del pubblico interesse.

<sup>60</sup> Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 11 dicembre 1979, n. 1155, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 1788, secondo cui, il giudice avrebbe dovuto verificare la fondatezza delle pretese dedotte, al fine di pervenire alla condanna alle spese di giudizio a carico della parte che, se il processo non si fosse estinto, sarebbe risultata soccombente. Ancora, Consiglio di Stato, IV Sez., 6 maggio 1980, n. 506, in *Consiglio di Stato*, 1980, I, 646, suggeriva la compensazione delle spese di lite soltanto quando il provvedimento che aveva determinato la cessazione della materia del contendere fosse stato emanato per ragioni di pubblico interesse non coincidenti con quelle del privato ricorrente.

nistrativo e, con la sentenza *supra* richiamata, il Consiglio di Stato ha colto l'occasione per esaminare un profilo non sempre chiarissimo, ovvero la diversa rilevanza ch'essa assume nei casi in cui il giudice chiuda il processo con una sentenza di cessazione della materia del contendere rispetto a quelli in cui si verifica una sopravvenuta carenza di interesse.

Orbene, seguendo il ragionamento già effettuato con riguardo alla norma di cui all'art. 34, comma 3 c.p.a., nei casi in cui venga pronunciata una sentenza che dichiara la cessazione della materia del contendere, non dovrebbe essere necessaria neppure l'individuazione esplicita della parte virtualmente soccombente. Ciò perché, trattandosi di una pronuncia di merito, per sua natura idonea ad accertare il rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio, essa dovrebbe essere automaticamente sufficiente ad orientare il giudice anche sul versante della regolazione delle spese.

È, dunque, sulla scorta delle motivazioni che lo hanno indotto a dichiarare la cessazione della materia del contendere che lo stesso giudice dovrebbe pronunciarsi in merito alla soccombenza (più o meno) virtuale dell'amministrazione.

Diversa e più complessa la situazione si configura nel caso di una sentenza che, in rito, rilevi la carenza sopravvenuta di interesse. È, infatti, evidente che – in assenza di una pronuncia che investa il merito delle vicende sottese al giudizio – ai fini della condanna alle spese, sia necessario formulare un'autonoma valutazione sulla virtuale soccombenza di una delle parti.

Si è, però, detto che – in questi casi – può essere applicato l'art. 34, comma 3 c.p.a., in particolare laddove il ricorrente, pur non potendo trarre più alcuna utilità accoglimento della domanda, mantenga un interesse concreto ed attuale ad ottenere un ristoro patrimoniale per il pregiudizio patito in conseguenza dell'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa. Ed è certo che, quando il giudice si pronunci in tal senso, il relativo accertamento sia idoneo ad acquisite lo *status* di cosa giudicata sostanziale, utile ai fini della domanda risarcitoria.

Ciò non avviene, invece, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, con il capo della sentenza volto a regolare le spese di giudizio, che «non è mai idoneo alla formazione di un giudicato sul merito» e non incide dunque sul contenuto sostanziale della pronuncia principale, cui resta estraneo<sup>61</sup>. Pertanto, in assenza di un'espressa statuizione ex art. 34, comma 3 (e, dunque, di un interesse concreto ed attuale all'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori) le considerazioni contenute nella sentenza in relazione alla valutazione della c.d. soccombenza virtuale per la liquidazione delle spese di lite, anche nell'ambito di una pronuncia di rito dichiarativa dell'improcedibilità, non sono idonee ad acquistare autorità di giudicato sul merito delle questioni oggetto della controversia, ma valgono – se non impugate – a rendere

---

<sup>61</sup> Cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 25 febbraio 2020, n. 1394; Id, sez. VI, 18 marzo 2019, n. 1766, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

irrevocabili soltanto i rapporti di dare/avere tra le parti del processo relativamente, appunto, alla regolamentazione degli oneri economici del giudizio.

Ne consegue che le due pronunce non possono essere in alcun caso sovrapposte, ma mantengono completa autonomia. Va da sé che, in tutti quei casi in cui il giudice, nel dichiarare l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, accerti pure l'illegittimità degli atti ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., la soccombenza dell'amministrazione consegirà in via diretta alla valutazione di merito compiuta dalla sentenza. Diversamente, laddove il giudice – pur non ravvisando la sussistenza delle condizioni necessarie per l'accertamento dell'illegittimità degli atti ai fini risarcitori – ritenga di non voler disporre la compensazione delle spese, ovvero di prevedere l'addebito delle spese per l'acquisto del contributo unificato in capo alla parte resistente, sarà necessaria una espressa pronuncia sulla soccombenza virtuale.

In definitiva, accertamento dell'illegittimità degli atti ai fini risarcitori e soccombenza virtuale sono due istituti distinti e non sovrapponibili: il primo consiste in una statuizione di merito utile ai fini risarcitori in caso di pronuncia di sopravvenuta carenza di interesse, mentre il secondo è volto a regolare la ripartizione delle spese di giudizio nei casi in cui il processo non si chiuda con una espressa pronuncia di accoglimento o di rigetto. Entrambi non sono formalmente necessari in tutti i casi in cui il giudice pronunci la cessazione della materia del contendere.

## 6. *Considerazioni conclusive*

Dall'analisi effettuata sulla cessazione della materia del contendere e sugli istituti ad essa connessi, è possibile trarre alcune considerazioni conclusive.

Si è detto che tale locuzione si riconnette alla più ampia questione del fatto/atto sopravvenuto idoneo ad incidere sull'oggetto del giudizio, vicenda che nel processo amministrativo si dimostra particolarmente complessa e si lega anche profili di natura ricostruttiva e sistematica. Discorrere di "fatto sopravvenuto", in una sua accezione ampia, vuol dire esaminare e valutare l'ambito di estensione dei poteri del giudice, gli effetti – anche sostanziali – del giudicato, i rapporti tra il processo e la riedizione del potere e, in definitiva, la stessa configurazione del sistema processuale nella sua interezza.

Si tratta, certamente, di questioni che presentano singolarmente sfaccettature particolarissime, ma che – complessivamente considerate – danno un'efficace dimostrazione di come, anche la necessità di attribuire un ruolo più rilevante in ambito processuale alla sopravvenienza di fatto o di diritto, abbia contribuito alla spinta evolutiva dell'intero sistema. E non è irrilevante, in tale direzione, evidenziare come in molte recenti sentenze del Consiglio di Stato la disciplina codicisti-

ca della cessazione della materia del contendere (e, di riflesso, anche dell'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse) sia esaminata avendo riguardo proprio alla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, non preordinata ad assicurare la generale legittimità dell'operato amministrativo, bensì volta a tutelare nel miglior modo possibile la posizione giuridica del ricorrente.

In definitiva, se *l'ubi consistam* del giudizio tende sempre più verso il bene della vita sotteso alla domanda giudiziale, la stessa necessità costituzionale di garantire un processo giusto ed una tutela effettiva suggerisce al giudice di adottare una visione evolutiva del sistema, che anche nella (ri)valutazione dell'elemento sopravvenuto potrebbe trovare una interessante chiave di lettura.

### Abstract

#### La cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo

Lo scritto analizza le vicende della “cessazione della materia del contendere” nell'ambito del processo amministrativo. Partendo dalla ricostruzione storica dell'istituto, s'identifica la linea di demarcazione con la sopravvenuta carenza di interesse, analizzando altresì i principali arresti della giurisprudenza sul punto.

#### Action becoming devoid of purpose in administrative process

The essay analyzes the facts about “action becoming devoid of purpose” in administrative process. Starting from the historical reconstruction, the paper draws the line between it and the supervening lack of standing and describes the primary law cases in this matter.



# Verso una graduale “responsabilizzazione” dello Stato (legislatore)?

di Anton Giulio Pietrosanti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’ipotesi dell’azione risarcitoria dinanzi al giudice ordinario per attività legislativa discriminatoria rispetto a diritti fondamentali costituzionalmente protetti (Cass. civ., sez. un., ord. 24 novembre 2021, n. 36373). – 3. Cenni sulla responsabilità dello Stato per illecito legislativo: le ipotesi dell’illecito europeo e dell’illecito costituzionale. – 4. La responsabilità per illecito costituzionale nella recente giurisprudenza della Cassazione (Cass. civ., sez. I, ord. 13 dicembre 2021, n. 39534). – 5. L’asimmetria tra la tutela riconosciuta per l’illecito europeo e quella affermata in caso di illecito costituzionale. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. *Introduzione*

Nonostante l’affermazione dello Stato di diritto e il tramonto del celebre dogma *The King can do no wrong*, il nostro ordinamento ha sempre mostrato una certa *diffidenza* nel riconoscere la responsabilità (civile) del legislatore per i possibili danni arrecati dall’esercizio – o mancato esercizio – del potere legislativo<sup>1</sup>.

La ragione di questa cautela è stata per lo più individuata nella peculiare discrezionalità che permea l’attività legislativa, quale espressione di un potere sovrano, cui è legata l’idea di una legislazione libera nei fini e, perciò, impermeabile alle interferenze dell’autorità giudiziaria<sup>2</sup>.

Eppure, il concetto di immunità giurisdizionale al quale era originariamente ancorato il potere pubblico (generalmente inteso) ha subito non pochi cedimenti a fronte delle diverse pressioni, ricevute nel corso degli anni, sul piano della tutela dei diritti<sup>3</sup>. Come noto, l’avvento delle Costituzioni rigide e della separazione dei poteri in rapporto di reciproco bilanciamento e controllo<sup>4</sup>, unitamente all’af-

---

<sup>1</sup> Per un inquadramento della problematica, cfr. M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La responsabilità dello Stato-Legislatore e l’attività amministrativa*, Napoli, 2019, 1-222.

<sup>2</sup> Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730, in *CED Cassazione*, 2016, su cui, *ex multis*, cfr. M. MATTONI, *Una sentenza d’altri tempi sulla responsabilità del legislatore per danni da legge incostituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/2017, 1910 ss..

<sup>3</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.*, 2003, 175 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 283; C. BUONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2001, *passim*; G. LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 1793 ss..

<sup>4</sup> C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. del dir.*, 2007, 3, 359; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XIV, Bologna, 2012, 18, laddove ricorda che «a ben vedere, tutta la Costituzione non è che un complesso sistema di limiti attraverso i quali la forza dello Stato viene organizzata, disciplinata, limitata, circoscritta [...] in principio dunque la sovranità dello Stato non vuol dire assoluta libertà e arbitrarietà del potere statale».

fermazione del principio di legalità<sup>5</sup>, hanno dato una *veste* giuridica alla sovranità politica, comprimendo il momento della determinazione dell'indirizzo politico entro il quadro dei valori costituzionali<sup>6</sup>.

Sicché, al *mito* del *princeps legibus solutus* si è progressivamente sostituito il bisogno di realizzare un sistema giuridico (non più assolutamente libero nella scelta dei fini, bensì) condizionato al rispetto dei principi – nonché dei diritti e dei doveri – consacrati nella Carta costituzionale<sup>7</sup>.

Quest'ultima ha infatti posto il legislatore dinanzi a un "limite giuridico insuperabile"<sup>8</sup> il cui controllo è stato affidato al giudice delle leggi, quale organo deputato a *rispristinare* la legalità costituzionale e, per certi versi, a *sanzionare* l'indirizzo politico mediante l'annullamento delle leggi incostituzionali<sup>9</sup>.

In tale cornice l'esercizio di ogni potere pubblico viene irradiato da un principio di responsabilità, che si diffonde nello Stato costituzionale<sup>10</sup>, pure attraverso l'espansione del diritto dei *torts* come "paradigma fondamentale su cui costruire una civiltà giuridica"<sup>11</sup> priva di zone franche per gli eventuali danni causati dal potere stesso.

Proprio per questo, il sistema della responsabilità civile ha cercato di soddisfare le diverse istanze di giustizia, dilatando i "mobili confini"<sup>12</sup> dell'illecito –

<sup>5</sup> F. SALMONI, *Legalità costituzionale e Forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 111; S. STAMMATTI, *Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea*, in *Rass. parl.*, 1, 2005, 45.

<sup>6</sup> A. FONZI, *Il ruolo della Corte Costituzionale fra discrezionalità politica e tutela dei diritti fondamentali. La vexata quaestio della sindacabilità delle decisioni politiche*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 840; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 2014, 6 ss., il quale precisa che l'attività di scelta e selezione dei fini «si concretizza in un'attività sì libera, ma non in senso assoluto perché condizionata dal (necessario) rispetto dei principi generali e dei diritti inviolabili dell'individuo, consacrati all'interno della Carta Fondamentale, che connotano il particolare assetto politico/istituzionale di una comunità in un dato momento storico».

<sup>7</sup> Già nella dottrina italiana di fine ottocento si contestava l'idea del *princeps legibus solutus*: cfr., tra gli altri, M. VACCHETTI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1892; V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità*, in *Arch. dir. pubbl.*, III, 1893, 251; O. RANELLETTI, *Della responsabilità degli enti pubblici per atti illeciti*, in *Foro it.*, XXIII, 1898, c. 83 ss..

<sup>8</sup> R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 2017, 40 ss..

<sup>9</sup> A. RUGGERI, *Indirizzo politico e giustizia costituzionale nel pensiero di T. Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998, 259 ss. L'Autore riprende da Martines la definizione della Consulta quale «organo che, annullando la legge, allo stesso tempo sanziona l'indirizzo politico di cui la legge stessa è espressione», ripristinando in tal modo la legalità costituzionale dei fini.

<sup>10</sup> A. R. RIZZA, *Lesione di diritti e responsabilità da produzione legislativa. Ricostruzione critica del quadro europeo*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 831.

<sup>11</sup> F. FRANCARIO e G. MONTEODORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos. Intervista a Giancarlo Montedoro di Fabio Francario*, in *www.giustizjainsieme.it*, 21 giugno 2021; G. MONTEODORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Bari, 2018.

<sup>12</sup> L'espressione, seppur con riferimento al "danno ingiusto", è ripresa da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1 ss..

verso le maglie del potere pubblico<sup>13</sup> – secondo la logica teorizzata dalla dottrina italiana sin dai primi del novecento<sup>14</sup>. Basti pensare ai progressi in tema di risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi da parte dell’agire amministrativo<sup>15</sup> e a tutte le altre ipotesi in cui l’idea in senso lato di *immunità statale* è stata sostanzialmente (attenuata<sup>16</sup> o comunque) messa in discussione come dimostrano pure gli interrogativi, già da tempo sollevati dalla dottrina, circa la possibilità o meno di azionare una pretesa risarcitoria contro lo Stato (legislatore) per aver leso un diritto in qualche modo protetto dall’ordinamento<sup>17</sup>. Con ciò non si vuole di certo aderire alle dinamiche dell’antipositivismo e men che meno plaudire alle manifestazioni di un garantismo troppo spinto che finirebbe per non rispettare a legge con gravi ricadute sul piano della separazione dei poteri<sup>18</sup>. Bensì soffermare l’attenzione su una questione di spiccata attualità – che intercetta il più ampio tema del rapporto tra l’attività giurisdizionale e le prerogative politiche del potere legislativo<sup>19</sup> – e ancora oggi per nulla risolta come attestano gli arresti giurisprudenziali riportati, nel prosieguo del presente scritto, a fronte dei quali si segnala una recente pronuncia secondo cui non può escludersi il diritto di azione (e pertanto la giurisdizione sulla richiesta) per ottenere il risarcimento dei danni

---

<sup>13</sup> Da ultimo, cfr. F. MERUSI, *La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2021, 21-32.

<sup>14</sup> L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, 279, secondo cui «Lo Stato o qualunque amministrazione pubblica in qualunque modo e per qualunque fine operante, se leda i diritti altrui [...], deve risponderne».

<sup>15</sup> Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro amm.*, 2000, 349.

<sup>16</sup> Dall’art. 28 della Costituzione sul piano della responsabilità amministrativa e civile del funzionario pubblico, allo stesso giudizio di legittimità costituzionale reso dalla Consulta, alle ipotesi di infrazione per antinomia con la legislazione europea comminate dalla Commissione dell’UE e delle non conformità riscontrate dalla Corte di giustizia sulla legislazione italiana, per poi giungere alle condanne in tema di vaccinazioni, trasfusioni, legge pinto, fino a toccare le problematiche connesse alla sindacabilità degli atti politici o di alta amministrazione.

<sup>17</sup> Cfr., per una recente ricostruzione, F. SOLURI, *Qualche spunto di ‘ragionevole’ riflessione in tema di responsabilità del legislatore: The King can do no wrong?*, in *www.federalismi.it*, 20 ottobre 2021, fasc. 24/2021, 200.

<sup>18</sup> Sui pericoli dell’antipositivismo (cfr., da ultimo, P. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff, Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 1-172) e sull’importanza del principio di legalità nell’ordinamento si veda, per tutti, l’insegnamento del Maestro (SANDULLI) così come ricostruito nei saggi di M.A. SANDULLI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. e soc.*, 4/2015, 649 ss.; nonché di F.P. GRIFFI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, ivi, 671 ss. e di G. MORBIDELLI, *Le note a sentenza di Aldo M. Sandulli*, in *Aldo M. Sandulli (1915-1984). Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004 e recentemente pubblicato in G. MORBIDELLI, *Ritratti, Ricordanze, Letture*, Firenze, 2021, 353 ss.

<sup>19</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2013, 1-28; AA.VV., *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, Milano, 1996, 1-233.

asseritamente originati dall'illegittimo esercizio, in quanto discriminatorio, della potestà legislativa derivante dalla “*predisposizione, presentazione o mancata modifica di un atto legislativo incidente su affermati diritti fondamentali, costituzionalmente protetti*”<sup>20</sup>.

2. *L'ipotesi dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice ordinario per attività legislativa discriminatoria rispetto a diritti fondamentali costituzionalmente protetti (Cass. civ., sez. un., ord. 24 novembre 2021, n. 36373)*

La recente pronuncia cui ci si riferisce è l'ordinanza resa a Sezioni Unite il 24 novembre 2021, n. 36373, con la quale la Cassazione civile ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario su un'azione risarcitoria *ex art.* 2043 cod.civ. proposta da soggetti che ritenevano di aver subito la lesione di un loro diritto fondamentale derivante dalla predisposizione, presentazione o mancata modifica di un atto legislativo.

La vicenda trae origine da un giudizio introdotto dinanzi al tribunale di Messina da parte di alcuni liberi professionisti e dipendenti pubblici (mediante procedimento sommario di cognizione) contro la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Agenzia delle entrate, per sentir dichiarare lesi i propri diritti di eguaglianza, non discriminazione e pari contribuzione a parità di reddito, come conseguenza dell'emanata legge 17 dicembre 2019, n. 160, (legge di bilancio per il 2020), art. 1, comma 692, che avrebbe loro precluso la possibilità di accedere ad un particolare regime fiscale<sup>21</sup> e, per questo, chiedevano al tribunale di condannare le autorità convenute al risarcimento dei danni, affermando che “*la predisposizione*” o “*la mancata rimozione con D.L. della disposizione de qua ed il mancato adoperarsi (..) anche da parte dell'Agenzia delle Entrate prima e dopo l'approvazione della L. di bilancio 2020*” costituissero fatti illeciti *ex art.* 2043 cod.civ. o comunque integrassero l'inadempimento “*di obblighi stabiliti dall'ordinamento comunitario, costituzionale ed internazionale*”<sup>22</sup>.

Le Amministrazioni resistenti eccepivano il difetto assoluto di giurisdizione, nonché quello relativo, sostenendo che l'eventuale giurisdizione sarebbe tutt'al più spettata al giudice tributario e non a quello ordinario; ne derivava la proposizione di regolamento di giurisdizione da parte di uno degli attori.

<sup>20</sup> Cass. civ., sez. un., ord. 24 novembre 2021, n. 36373.

<sup>21</sup> Come effetto di tale previsione, l'accesso al regime fiscale forfetario sarebbe stato loro precluso, trattandosi di professionisti titolari, nel corso della singola annualità fiscale, di un reddito da lavoro dipendente superiore a 30.000,00 EUR.

<sup>22</sup> Stante l'illegittimità della limitazione istituita col regime fiscale richiamato, per contrasto col Trattato UE, con la Carta fondamentale dei diritti UE, con gli artt. 2, 3 e 53 Cost., con le previsioni della Carta delle nazioni unite, col protocollo 12 della CEDU e con le norme del Patto internazionale dei diritti civili e politici di New York.

Si tratta pertanto di una questione di giurisdizione su domande che – come evidenziato dalla stessa ordinanza – sono “*tese a far accertare il diritto al risarcimento del danno per illegittimo discriminatorio esercizio della potestà legislativa*” afferente al trattamento fiscale introdotto dalla legge di bilancio per il 2020 o, comunque, “*per l’omessa modifica di tale trattamento*” laddove contrastante “*con principi Eurounionali e lesivo di un diritto fondamentale tutelato costituzionalmente, qual è quello di eguaglianza e non discriminazione in materia tributaria*”<sup>23</sup>.

Le Sezioni Unite, dopo aver sottolineato come l’oggetto del ricorso sia proprio il “*bene della vita*” che si assume leso a causa della predisposizione del testo legislativo o del mancato adoperarsi per la sua modifica, hanno rigettato l’eccezione di difetto assoluto di giurisdizione sollevata dall’Avvocatura dello Stato<sup>24</sup>. Ciò in quanto, ove la postulazione della domanda attenga (come nella specie) ai fondamenti di una pretesa risarcitoria, “*la lite per definizione sovviene alla materia dei diritti soggettivi, e a fronte di affermati diritti fondamentali, costituzionalmente protetti, non può escludersi il diritto di azione, anche se la lesione sia paventata come dipendente dall’esercizio asseritamente illegittimo di una potestà pubblica o dalla predisposizione, presentazione o mancata modifica di un atto legislativo*”<sup>25</sup>.

Le Sezioni Unite hanno poi escluso che nella specie possa ricorrere un’ipotesi di improponibilità assoluta della domanda (per inesistenza del diritto e conseguente difetto assoluto di giurisdizione<sup>26</sup> che, a loro dire, non si integra) neppure evocando la natura politica dell’atto legislativo<sup>27</sup>: si osserva infatti come ciò che viene contestato da parte degli attori non sono né l’attribuzione dell’atto alla potestà legislativa<sup>28</sup>, né le modalità con cui quest’ultima è stata svolta; bensì le conseguenze negative della norma introdotta in sede di approvazione della legge di bilancio che, se non disapplicata, dovrebbe essere considerata “*illegittima costituzionalmente perché discriminatoria o perché in contrasto col diritto comunitario*”.

<sup>23</sup> cfr. pt. III.

<sup>24</sup> cfr. pt. V, primo periodo in cui si precisa che il difetto assoluto di giurisdizione “*attiene all’impossibilità di esercitare la potestà giurisdizionale con invasione della sfera attributiva di altri poteri dello Stato o di altri ordinamenti dotati di autonomia, in controversie direttamente involgenti attribuzioni pubbliche di questo tipo, come tali neppure astrattamente suscettibili di dar luogo a un intervento del giudice*”.

<sup>25</sup> cfr. pt. V, ult. periodo.

<sup>26</sup> cfr. pt. VI, secondo periodo, ove si aggiunge che, in alcuni arresti giurisprudenziali, l’improponibilità assoluta della domanda è invece apparsa per censurare un’azione “*concernente un diritto non configurato neppure in astratto a livello normativo, con conseguente integrazione di un caso di difetto assoluto di giurisdizione sindacabile in sede di regolamento preventivo (v. Cass. Sez. U n. 669020 in tema di proposizione, in sede civile, di azione risarcitoria diretta contro un magistrato per fatti commessi nell’esercizio delle funzioni giudiziarie)*”.

<sup>27</sup> cfr. pt. VI, primo periodo.

<sup>28</sup> Essendo peraltro la domanda risarcitoria rivolta agli asseriti promotori dell’atto (Presidenza del Consiglio dei ministri, Il Ministero dell’economia e l’Agenzia delle Entrate).

Ed è proprio in questa prospettiva che il giudice, l'unico in grado di accertare concretamente l'esistenza dei fondamenti dell'azione risarcitoria, non invade in alcun modo la funzione sovrana e i meccanismi della responsabilità politica, ma semplicemente “*stabilisce se la evocata fattispecie integri o meno l'illecito civile denunziato*”.

Alla luce di tali considerazioni il Supremo Collegio ha quindi riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario “*quale giudice naturale dei diritti fondamentali*” che non interferisce “*con potestà altrimenti riservate*”<sup>29</sup>.

L'ordinanza in questione, così riassunta nei suoi punti essenziali, è interessante per i profili di seguito illustrati.

Innanzitutto il Supremo Collegio sembra accettare l'idea di un legislatore “responsabile” – o comunque di una condotta legislativa sindacabile dal giudice ordinario – non solo in caso di violazione del diritto comunitario ma anche nel caso di mancata osservanza di parametri per così dire ‘interni’ all'ordinamento, in tutti quei casi in cui tale inosservanza si traduca nella lesione di diritti fondamentali.

In quest'ottica appare significativo che la Corte abbia espressamente deciso di parlare di normativa discriminatoria quasi come alternativa rispetto alla violazione del diritto comunitario<sup>30</sup>. In altre parole l'uso della congiunzione ‘o’ per qualificare l'oggetto della domanda attorea (secondo cui la legge di bilancio, se non disapplicata, dovrebbe essere considerata “*illegittima costituzionalmente perché discriminatoria o perché in contrasto col diritto comunitario*”) non sembra un caso: in buona sostanza, è come se le conseguenze discriminatorie (potenzialmente derivanti dall'adozione o dalla mancata modifica del testo legislativo) potessero assurgere a *fondamento* di un'azione di responsabilità da accertare nel giudizio civile ai sensi dell'art. 2043 cod.civ. anche indipendentemente dall'accertamento di un'eventuale violazione della normativa europea (o da una declaratoria di illegittimità costituzionale) la cui rilevanza è invece emersa *mutatis mutandis* ove si consideri la tematica – per certi versi affine – della responsabilità civile in caso di illecito europeo e illecito costituzionale.

<sup>29</sup> Sul dibattito inerente l'idoneità del giudice ordinario o amministrativo a giudicare sui diritti fondamentali, cfr. N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12/2020, 177 ss. Per un inquadramento della problematica, tra i contributi si vedano: F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017; M. NOCCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in [www.sipotra.it](http://www.sipotra.it), 2018; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2020; A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 27 ss..

<sup>30</sup> Ciò che viene contestato da parte degli attori sono le conseguenze negative della norma introdotta in sede di approvazione della legge di bilancio che, se non disapplicata, dovrebbe essere considerata “*illegittima costituzionalmente perché discriminatoria o perché in contrasto col diritto comunitario*”.

### 3. Cenni sulla responsabilità dello Stato per illecito legislativo: l'ipotesi dell'illecito europeo e dell'illecito costituzionale

A tal proposito non sembra inutile ricordare che – con le note pronunce della Corte di giustizia sui casi *Francovich*<sup>31</sup> e *Brasserie du Pêcheur*<sup>32</sup> – si è riconosciuta la possibilità di esperire un'azione risarcitoria contro lo Stato-legislatore tanto con riferimento a chi venga danneggiato da quest'ultimo per non aver recepito una direttiva nel termine previsto, con conseguente mancato godimento del diritto dalla medesima attribuito (*Francovich*)<sup>33</sup>; quanto in relazione al soggetto leso dall'adozione di un atto legislativo incompatibile con i principi dell'ordinamento eurounitario o abrogante una disciplina con essi compatibile (*Brasserie du Pêcheur*)<sup>34</sup>.

Grazie a dette sentenze si è dunque delineata la figura dell'illecito di tipo comunitario-europeo per una condotta – omissiva o attiva – dello Stato legislatore italiano<sup>35</sup>. Del resto anche la Cassazione ha riconosciuto come “l'assoluta

<sup>31</sup> Corte di giustizia Ce, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Foro it.*, 1992, IV, 145 ss.. In dottrina, *ex multis*, S. TASSONE, *Sulla responsabilità civile dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*, in *Foro it.*, 4/1992, 145 ss.; M. CARTABIA, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza «Francovich» della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505 ss.; M. MATTIONI, *Una sentenza d'altri tempi sulla responsabilità del legislatore per danni da legge incostituzionale*, cit., 1910 ss.; F. CICCARIELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi limiti*, in *Judicium il Processo civile in Italia*, 19 marzo 2018, 1-16.

<sup>32</sup> Corte di giustizia Ce, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, in *Foro it.*, 1996, IV, 185 ss..

<sup>33</sup> In particolare, tra i tanti meriti attribuiti alla sentenza della Corte di giustizia sul caso *Francovich*, vi fu quello di permettere al soggetto leso di rivalersi nei confronti dello Stato (seguendo le modalità di risarcimento e di azione previste dalla disciplina interna del singolo Stato membro) purché ricorressero in via cumulativa le tre seguenti condizioni: i) l'attribuzione da parte della direttiva di uno specifico diritto; ii) l'individuabilità del relativo contenuto sulla base della direttiva medesima; iii) l'esistenza di un nesso causale tra l'inadempimento statale e la lesione del diritto.

<sup>34</sup> Con la sentenza adottata sul caso *Brasserie du Pêcheur*, la Corte ha riconosciuto un obbligo risarcitorio in qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro (la cui azione od omissione abbia dato origine al danno) e poi si è soffermata sui presupposti della responsabilità, calibrando l'intensità del risarcimento in base al livello più o meno ampio di discrezionalità dell'attività legislativa e, in ogni caso, precisando che la violazione dalla quale discende il diritto al risarcimento deve essere “sufficientemente caratterizzata”, ossia “manifesta e grave”.

<sup>35</sup> Si vedano anche le ipotesi di responsabilità per illecito comunitario riferibile al potere amministrativo (Corte di giustizia Ce, 23 maggio 1996, C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 323 ss.) e al potere giudiziario (Corte di giustizia Ce, 30 settembre 2003, C-224/01, *Kobler*, in *Foro it.*, 2004, IV, 4 ss.) e più recentemente, sempre sul tema in questione, si vedano Corte di giustizia Ue, 7 agosto 2018, C-122/17, *Smith*, in *Riv. ass.*, 2018, 175; ID., grande sezione, 19 aprile 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, in *www.federalismi.it, focus Human Rights*, 17 giugno 2016, n. 2; ID., 16 maggio 2019, C-509/17, *Plessers*, in *Foro it.*, 2019, 6, 291.

In dottrina cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile dello Stato per violazione di obblighi comunitari*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 487 ss.; C. PASQUINELLI, *La responsabilità dello Stato legislatore tra illecito “comuni-*

*discrezionalità del legislatore nel legiferare*” sia stata “*significativamente ridimensionat[a]*” da quelle “*decisioni della Corte di Giustizia che hanno reiteratamente affermato la responsabilità dello Stato legislatore [per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell’Unione ad esso imputabili] sia pure con riferimento all’inadempimento di un obbligo normativo ineludibile quale consistente nella necessità di dare corso all’attuazione di una direttiva*”<sup>36</sup>. E, in diverse occasioni, ha precisato che la violazione delle norme concernenti il recepimento delle direttive dell’Unione Europea sarebbe da inquadrarsi nello schema della “*responsabilità di natura indennitaria per inadempimento di un’obbligazione ex lege dello Stato*” [ossia quella di attuare, tempestivamente, una direttiva comunitaria non *self executing*]<sup>37</sup>, e troverebbe il suo fondamento nel rapporto di sovraordinazione gerarchica esistente tra ordinamento europeo e nazionale<sup>38</sup>.

Tuttavia, a differenza di quanto poc’anzi emerso in merito alla situazione di maggior apertura (o minor *diffidenza*) nel riconoscere una responsabilità per i possibili danni arrecati dal potere legislativo con riferimento alla fattispecie dell’illecito europeo<sup>39</sup>, il dibattito sull’illecito costituzionale (e quindi sulla possibilità di prospettare in capo allo Stato-legislatore una responsabilità per legisla-

---

tario” e illecito “costituzionale”. *Prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 171 ss.; E. SCODITTI, *Il sistema multilivello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e resp.*, 7/2003, 725 ss.

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. un., ord. 13 giugno 2012, n. 9590, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 6, 782.

<sup>37</sup> Cass. civ., sez. I, ord. 13 dicembre 2021, n. 39534, in *www.dejure.it*. In termini: Cass. civ., sez. III, 24 novembre 2020, n. 26757, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 6, 1809; ID., 25 novembre 2020, n. 26758, in *Dir. & Giust.*, 2020, 26 novembre; ID., ord. 13 maggio 2020, n. 8889, in *Foro amm.*, 2020, 10, 1835.

<sup>38</sup> Cass. civ., n. 23730/2016. Per un’analisi approfondita della sentenza si vedano: M. MATTONI, *Una sentenza d’altri tempi sulla responsabilità del legislatore per danni da legge incostituzionale*, cit., 1911 ss.; M. CAPUTO, *La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste*, in *www.iurisprudenzia.it*, 1 ss.; L. BUONANNO, *Rilievi civilistici in tema di responsabilità del legislatore da atto normativo*, in *Jus Civile*, 5, 2016, 369 ss.

<sup>39</sup> Secondo alcuni il dibattito sull’illecito europeo avrebbe raggiunto una portata “monumentale”, avendo scardinato l’“idea ... del legislatore onnipotente, prima d’ora mai revocata in dubbio dal giudiziario” (A. R. RIZZA, *Lesione di diritti e responsabilità da produzione legislativa. Ricostruzione critica del quadro europeo*, cit., 836 ss.). Altra dottrina (F. CICCARELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi limiti*, cit., 4) ha però precisato, seppur limitatamente alla sentenza adottata sul caso *Franconich*, che “la Corte di Giustizia non ha mai inteso affrontare, né avrebbe potuto, la questione della generica “risarcibilità dei danni causati dallo Stato nell’esercizio della funzione legislativa”, ponendosi, ben più limitatamente, il compito di verificare, di fronte al mancato recepimento di una direttiva non *self executing*, «il problema dell’esistenza e della portata di una responsabilità dello Stato per danni derivanti dalla violazione degli obblighi che ad esso incombono in forza del diritto comunitario». Sicché aggiunge la medesima dottrina, “sembra potersi affermare che la sentenza *Franconich* abbia sì “mostrato la via”, «imponendo ai sistemi giuridici nazionali statali di confrontarsi con il tema, a lungo ignorato, dei danni da esercizio del potere legislativo», ma – anche per una precisa scelta della corte lussemburghese di risolvere «da tensione istituzionale fra centralizzazione delle categorie (volte a rispondere alle esigenze di effettività e uniformità) e decentralizzazione dei rimedi alla violazione del diritto dell’Unione».

zione affetta da vizi di incostituzionalità<sup>40</sup>) non sembra aver trovato uno sbocco altrettanto positivo poiché l’orientamento tradizionale tende ancora oggi a valorizzare la discrezionalità delle scelte legislative, nonché il rischio che deriverebbe dalla possibilità di sottoporle ad un controllo giurisdizionale da parte del giudice comune<sup>41</sup>.

#### 4. *La responsabilità per illecito costituzionale nella recente giurisprudenza della Cassazione (Cass. civ., sez. I, ord. 13 dicembre 2021, n. 39534)*

Invero, se da un lato la giurisprudenza interna ha ormai preso atto della configurabilità di un illecito comunitario, dall’altro si mostra costante nel negare la risarcibilità del danno conseguente ad un illecito interno per violazione della Costituzione, ritenendo come non sia in alcun modo ammissibile, per ragioni di ordine politico-costituzionale, che lo Stato sia chiamato a rispondere dei danni causati da scelte concernenti l’esercizio della funzione legislativa; anche perché una simile ipotesi verrebbe a incidere gravemente sul potere libero e discrezionale di formazione delle leggi che la Costituzione riconosce al Parlamento e configura libero da ogni condizionamento<sup>42</sup>.

L’assunto è stato ulteriormente ribadito dall’ordinanza del 13 dicembre 2021, n. 39534, allorché la Cassazione civile, sezione I, ha respinto un ricorso riguardante l’azione risarcitoria posta in essere da diversi soggetti che lamentavano dinanzi la corte territoriale un danno arrecato al loro diritto costituzionale di voto che, a dire degli stessi, si sarebbe configurato durante le elezioni svoltesi tra la legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270<sup>43</sup>, e la sua declaratoria di incostituzionalità, avvenuta con sentenza della Corte costituzionale 13 gennaio 2014, n. 1.

In particolare il ricorso aveva ad oggetto la sentenza del 9 settembre 2020, n. 4108, con cui la Corte d’appello di Roma aveva respinto la domanda proposta

<sup>40</sup> V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito “comunitario” e illecito “costituzionale” del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, 961 ss. in cui si legge “se una legge intesa a colpire vessatoriamente e in modo discriminatorio una classe di cittadini, li impedisse o li limitasse nell’esercizio di una loro attività economica, con gravi danni patrimoniali a loro carico, e questa legge venisse dopo qualche tempo fulminata di incostituzionalità, sarebbe giusto lasciare in ultima istanza quei danni a carico delle vittime di un siffatto clamoroso “illecito costituzionale” del legislatore?”; ID., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario* (con una trasgressione nel campo dell’illecito “costituzionale” del legislatore), in *Contr. impr. Eur.*, 1999, 101 ss.; ID., *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo*, in *Corr. giur.*, 2017, 366 ss. G. SILVESTRI, *Il problema degli effetti delle leggi in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e i diritti dei cittadini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 585 ss.

<sup>41</sup> Vedi nota 1.

<sup>42</sup> Per i vari orientamenti giurisprudenziali v., da ultimo, F. SOLURI, *Qualche spunto di ‘ragionevole’ riflessione in tema di responsabilità del legislatore: The King can do no wrong?*, cit., 200 e 206.

<sup>43</sup> Recante “Modifiche alle norme per l’elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica”.

contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero dell'interno, volta alla condanna dello Stato italiano al risarcimento del danno patito dagli attori per effetto dell'emanazione della suddetta legge elettorale che nel 2014 è stata dichiarata incostituzionale. Nel dettaglio la Corte d'appello aveva negato l'interesse ad agire degli attori sul presupposto che, essendo intervenuta la declaratoria di incostituzionalità (con la citata sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014), ed essendosi il giudizio di merito incardinato dopo tale pronuncia, la tutela si fosse già realizzata in maniera soddisfacente *ex art.* 2058 cod. civ. e non si potesse chiedere un nuovo accertamento di incostituzionalità (della medesima disciplina). Inoltre la Corte d'appello di Roma aveva negato il diritto al risarcimento del danno, ritenendo il danno “*indimostrato*”<sup>44</sup>.

A tal proposito, la Cassazione ha condiviso l'impostazione della sentenza impugnata<sup>45</sup>, ricordando che “*deve escludersi una responsabilità per “illecito costituzionale”, rilevante sul piano risarcitorio, in ragione dell'emanazione della norma espunta dall'ordinamento per contrasto con la Costituzione, in quanto, essendo la funzione legislativa espressione di un potere politico, incoercibile e sottratto al sindacato giurisdizionale, rispetto ad esso non possono configurarsi situazioni giuridiche soggettive dei singoli protette dall'ordinamento*”<sup>46</sup>. Pertanto, “*non sussiste una responsabilità dell'organo legislativo per avere deliberato una legge, contenente norme successivamente dichiarate incostituzionali*”, poiché “*A fronte della libertà della funzione politica legislativa (art. 68 Cost., comma 1, art. 122 Cost., comma 4), non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno allegato in termini di illecito ...*”<sup>47</sup>.

Né, secondo l'ordinanza della Cassazione n. 39534/2021, il “*principio*”

<sup>44</sup> E più precisamente “*affermando, da un lato, che in simili casi il ristoro dell'eventuale pregiudizio è dato dall'eliminazione della norma illegittima dall'ordinamento, qualificabile come risarcimento in forma specifica, e che non è dato invece un risarcimento monetario per equivalente; dall'altro lato, che nessun danno può essere ravvisato in re ipsa, come da pretesa avversa*”.

<sup>45</sup> Peraltro, anche sotto il profilo del risarcimento del danno per asserita violazione del diritto europeo, i giudici di merito di primo e secondo grado avevano escluso la prova di un presunto danno con ciò escludendo uno degli elementi costitutivi del diritto al risarcimento in forza del principio già espresso da Cass. 13 maggio 2020, n. 8889.

<sup>46</sup> In termini Cass. civ., sez. lav., 24 dicembre 2019, n. 34465, in *Foro amm.*, 2020, 3, 401.

<sup>47</sup> In termini Cass. civ., n. 23730/2016. Significativamente aggiunge la sentenza che: (i) “*Va invero escluso, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo, il quale è libero nei fini e sottratto, perciò, a qualsiasi sindacato giurisdizionale, né può qualificarsi in termini di illecito da imputare allo Stato-persona, ai sensi dell'art. 2043 c.c., una determinata conformazione dello stato-ordinamento*”. (ii) “*Non è, dunque, ipotizzabile che dalla promulgazione della legge possa derivare un danno risarcibile, perché l'eventuale pregiudizio subito dal singolo non può essere ritenuto ingiusto, neppure nei casi in cui la norma venga poi espunta dall'ordinamento perché in contrasto con la Carta costituzionale. Sebbene nel sistema delineato dalla Costituzione la discrezionalità del legislatore non sia assoluta, bensì limitata dal controllo accentratore di costituzionalità, tuttavia è proprio quel sistema che esclude che le norme costituzionali sulle scelte del legislatore possano attribuire direttamente al singolo diritti, la cui violazione sia fonte di responsabilità da far valere dinanzi all'autorità giudiziaria. Resta, dunque, insindacabile l'attività esplicativa di funzioni legislative*”.

espresso in un suo precedente del 2014<sup>48</sup>, può essere considerato “diverso” – e quindi porsi in una posizione di contraddittorietà – rispetto a quello poc’anzi illustrato.

Ad avviso della Corte, nel giudizio di merito esaminato dalla pronuncia del 2014 (n. 8878/2014) gli attori avevano proposto soltanto un’azione di “*mero accertamento*”, avendo chiesto di “*accertare*” che il loro diritto di voto, come configurato dalla legge elettorale n. 270/2005, non potesse essere esercitato in maniera compatibile con i parametri costituzionali (del voto personale, eguale, libero e diretto) che invece imponevano il ripristino del diritto – nella pienezza della sua espansione – per il necessario tramite dell’intervento della Corte costituzionale.

Di conseguenza nel 2014 la Corte di Cassazione non affermò l’esistenza di un diritto al risarcimento del danno per le tornate elettorali già svoltesi, bensì riconobbe (che gli attori ottennero) una tutela soddisfacente mediante la declaratoria di incostituzionalità.

##### 5. *L’asimmetria tra la tutela riconosciuta per l’illecito europeo e quella affermata in caso di illecito costituzionale*

A fronte di siffatto atteggiamento di chiusura palesato dalla giurisprudenza verso l’illecito costituzionale, non sembrano però fuori luogo le perplessità sollevate in merito ad una contraddizione con il sistema dell’illecito europeo; e invero non sarebbe teoricamente concepibile assicurare una tutela risarcitoria per la violazione del diritto europeo e negarla invece in caso di violazione di norme costituzionali se non a costo di assistere ad una sorta di “discriminazione alla rovescia”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Si allude a Cass. civ., sez. I, 16 aprile 2014, n. 8878, in *Foro it.*, 2014, I, 3225, nonché in *Giur. cost.*, 2014, I, 614. Nella specie un cittadino elettore convenne in giudizio, davanti al Tribunale di Milano, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell’Interno deducendo che, nelle elezioni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica svoltesi successivamente all’entrata in vigore della l. 270/2005, egli non aveva potuto esercitare (e non avrebbe potuto esercitare nel futuro) il diritto di voto secondo le modalità conformi ai principi costituzionali del voto “*personale ed eguale libero e segreto*” (art. 48, co. 2 Cost.) e “*a suffragio universale e diretto*” (artt. 56 co. 1 e 58 co. 1 Cost.). La sentenza, nel dettaglio, ha accertato l’avvenuta lesione del diritto elettorale fatto valere per il periodo di vigenza delle norme dichiarate incostituzionali, in quanto i ricorrenti non hanno potuto esercitare il diritto di voto personale, eguale, libero e diretto; ha inoltre disposto la riparazione in forma specifica per effetto della sentenza della Corte costituzionale (n. 1/2014) consentendo ai ricorrenti di esercitare, a partire dal 13 gennaio 2014, il diritto di voto, secondo i precetti costituzionali; e ha condannato le amministrazioni resistenti alle spese di giudizio in forza del principio della soccombenza, ma nessuna somma ha liquidato a favore degli attori a titolo di risarcimento del danno.

<sup>49</sup> Cfr. L. BUONANNO, *Rilievi civilistici in tema di responsabilità del legislatore da atto normativo*, cit., 376. In generale sul problema si veda C. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell’attività interpretativa: una discriminazione a rovescia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 1130 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno*

In altri termini, nell'esperienza del diritto europeo l'attività del legislatore nazionale sarebbe sindacabile, mentre in ambito nazionale difetterebbe il parametro per effettuare tale sindacato<sup>50</sup>, con il rischio di trasformare “i diritti costituzionalmente tutelati in diritti «a intermittenza»” giacché, “la lesione rest[erebbe] priva di effettività” ove riguardi la Costituzione, ma “si trasformerebbe nuovamente in situazione civilmente azionabile” in caso di normativa contrastante con il diritto eurounitario<sup>51</sup>.

Al contrario, dalle motivazioni della recente ordinanza delle Sezioni Unite n. 36373/2021, commentata nel secondo paragrafo del presente scritto, pare emergere il tentativo di *superare* tale pericolo, adombrando l'idea – seppur non su un piano *stricto sensu* di illecito costituzionale<sup>52</sup> – di una tutela multilivello dello Stato costituzionale più proiettata sulla protezione concreta del diritto, a prescindere dalla fonte normativa di riferimento<sup>53</sup>. In altri termini, il ragionamento delle Sezioni Unite con riferimento ad una tutela risarcitoria (che sembrerebbe prescindere dalla collocazione in ambito europeo della fonte del diritto presumibilmente leso), potrebbe *mutatis mutandis* (e con le dovute cautele interpretative) consentire all'interprete di (ri)affrontare le aporie riscontrate nel rapporto tra la

---

*non iure e la responsabilità civile dello Stato*, in N. LIPARI – P. RESCIGNO (diretto da), *Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 279 ss. e, in particolare, 284. Emblematica, in tal senso, la riflessione di V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito «comunitario» e illecito «costituzionale» del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, 961-971: “Mentre di fronte all'illecito «comunitario» del legislatore, il danneggiato gode comunque dello scudo protettivo del diritto comunitario, onde può ottenere riparazione anche in caso di atteggiamento preclusivo del diritto interno (in disapplicazione di questo), una siffatta seconda linea di difesa manca del tutto quando il danneggiato dalla cattiva legislazione si dolga di un illecito «costituzionale» del legislatore. ... Tutto si risolve e si consuma all'interno di questo: o si ammette che questo (e solo questo) accordi la tutela risarcitoria, e allora il danneggiato avrà per questa via riparazione; oppure si assume che la neghi, e allora il danneggiato non avrà riparazione per nessun'altra via”. L'A. parte quindi dal presupposto che l'illecito costituzionale abbia una piena autonomia rispetto a quello comunitario. Si esprime nello stesso senso A. R. RIZZA, *Lesione di diritti e responsabilità da produzione legislativa. Ricostruzione critica del quadro europeo*, cit., 831 ss., secondo cui “si può ritenere che l'illecito costituzionale, inteso quale figura autonoma, prescinde dall'esistenza di quello eurounitario e da un previo inquadramento di quest'ultimo nello schema civilistico”.

<sup>50</sup> F. SOLURI, *Qualche spunto di 'ragionevole' riflessione in tema di responsabilità del legislatore: The King can do no wrong?*, cit., 204-205.

<sup>51</sup> A.R. RIZZA, *Lesione di diritti e responsabilità da produzione legislativa. Ricostruzione critica del quadro europeo*, cit., 859.

<sup>52</sup> Come si è visto nel secondo paragrafo, in quell'occasione si trattava di un illecito civile *ex art. 2043 cod. civ.* da esercizio di potestà legislativa costituzionalmente illegittima su cui le Sezioni Unite hanno riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario (in sede di ricorso per regolamento di giurisdizione) respingendo la tesi del difetto assoluto (di quest'ultima) anche per improponibilità assoluta della domanda per inesistenza normativa del diritto.

<sup>53</sup> Per approfondimenti cfr., in dottrina, A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità internazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo intercostituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 549.

tutela dell'illecito costituzionale rispetto a quello comunitario (magari facendo leva su una tutela multilivello dello Stato costituzionale più proiettata sulla protezione concreta del diritto, a prescindere dalla fonte normativa di riferimento).

Ciò tuttavia rischia di aprire la strada a una sorta di (“concorso libero”<sup>54</sup> tra giudici comuni e Corte costituzionale, ovvero ad un) sindacato diffuso di costituzionalità da parte del giudice ordinario il quale, per fondare l'eventuale accoglimento della domanda risarcitoria, dovrebbe vagliare tutti i presupposti dell'illecito (ivi inclusa l'ingiustizia del danno)<sup>55</sup> dinanzi ad una legge *esistente* alla quale lo stesso giudice sarebbe comunque soggetto *ex art.* 101 Cost.<sup>56</sup>

Non a caso, la dottrina costituzionalistica tende a ritenere necessaria una dichiarazione di incostituzionalità della legge che si assume lesiva del diritto fondamentale onde evitare incertezze e confusione tra ipotesi di illecito legislativo e di responsabilità del legislatore per atti leciti. In particolare, con la declaratoria di incostituzionalità si autorizza “a ritenere incompatibile con l'ordinamento l'interesse sotteso all'azione legislativa, consentendo di ammettere la possibilità che, in un diverso ambito di giurisdizione, si voglia andare a verificare se, e con quali esiti, quel medesimo interesse si dimostri in conflitto anche con un interesse particolare vantato dal singolo cittadino”<sup>57</sup>.

Non manca però chi sottolinea che una soluzione di questo tipo sarebbe contraria a ragioni di giustizia sostanziale e al carattere originario dell'incostituzionalità stessa e, pertanto, ritiene che il medesimo accertamento di incostituzionalità possa essere compiuto anche dal giudice di merito dinanzi al quale si lamenta la lesività del contenuto normativo<sup>58</sup>, finanche valorizzando il principio

<sup>54</sup> L'espressione è ripresa da A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 4.

<sup>55</sup> R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., 117 (l'A. sostiene che nel caso in cui sia accertato il nesso di causalità la dichiarazione di incostituzionalità equivale all'implicito riconoscimento dell'ingiustizia del danno); C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., 359 ss. (L'A. ipotizza una ‘oggettivizzazione’ della colpa e, cioè, di una colpa *implicita* nell'accertamento dell'illegittimità della legge o dell'omissione legislativa).

<sup>56</sup> In ogni caso, ove la Consulta dovesse dichiarare l'illegittimità costituzionale della normativa *de qua*, la sola incostituzionalità non potrà essere parametro sufficiente a fondare la risarcibilità della pretesa dedotta in giudizio, essendo altresì necessario procedere alla verifica dei restanti elementi costitutivi dell'illecito aquiliano su cui cfr. A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit., 183, il quale sottolinea che, nonostante le difficoltà interpretative, è proprio all'art. 2043 cod.civ. che bisogna rifarsi in quanto tale norma sarebbe espressione di “*un principio costituzionale non scritto*” volto alla tutela di qualunque situazione giuridica, a cominciare dai diritti fondamentali costituzionalmente protetti.

<sup>57</sup> C. PASQUINELLI, *La responsabilità dello Stato legislatore tra illecito “comunitario” e illecito “costituzionale”*. *Prime riflessioni*, cit., 206-207.

<sup>58</sup> L. VIZZONI, *L'illecito costituzionale del legislatore (muovendo dalle riflessioni di Enzo Roppo)*, in *Jus civile* 2018, 2, 262, secondo la quale tra gli Autori per cui il presupposto della responsabilità dello Stato-legislatore non è necessariamente la dichiarazione di incostituzionalità della legge vanno richiamati R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., 115 e A. PIZZORUSSO, *La*

della ragionevolezza come canone di legittimità per il giudice comune, su cui parametrare la responsabilità del legislatore<sup>59</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

In conclusione, l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 36373/2021, rappresenta l'occasione utile per arricchire il ragionamento sull'esperibilità di un'azione a carico dello Stato anche quando non sia intervenuta – la tutela in forma specifica ex art. 2058 cod. civ. da rimozione della norma a seguito di – una pronuncia di incostituzionalità. Considerazioni parzialmente analoghe potrebbero altresì ipotizzarsi (in merito all'esperibilità di un'azione risarcitoria) per l'asserita lesione derivante dall'esercizio di una potestà legislativa su cui la Corte costituzionale decida di limitare gli effetti del suo *decisum* (di accoglimento) soltanto al futuro, scoprendo così di tutela le posizioni coinvolte anteriormente alla pubblicazione del *decisum* stesso<sup>60</sup>.

In tal caso il riconoscimento di una responsabilità civile per lo svolgimento o il mancato svolgimento, a seconda dei casi, dell'attività legislativa<sup>61</sup>, potrebbe

---

*responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit., 179.

<sup>59</sup> F. SOLURI, *Qualche spunto di 'ragionevole' riflessione in tema di responsabilità del legislatore: The King can do no wrong?*, cit., 205 e 210, secondo il quale tale principio permette di ravvisare “un'ingiustizia che consente di qualificare il danno in termini di illecito e giungere così a fondare il diritto al suo risarcimento pur a fronte della libertà della funzione politico-legislativa”.

<sup>60</sup> Potrebbe, ad es., essere il caso affrontato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 152/2020 relativamente al diritto assistenziale al minimo vitale previsto – a favore di soggetti totalmente invalidi e privi di mezzi economici – dall'art. 38, co. 1, Cost. È evidente infatti che, in quell'occasione, la tutela fornita con la declaratoria di incostituzionalità tarata solo sul futuro, e l'accertamento dell'incostituzionalità per il passato, non siano apparse *prima facie* sufficienti sotto il profilo del grado di effettività di protezione del diritto coinvolto. Su tale sentenza cfr. A.G. PIETROSANTI, *La tutela dell'inabile al lavoro privo di mezzi economici: il ruolo dell'art. 38, comma 1 della Costituzione*, in *Dir. e soc.* (in corso di pubblicazione), 4, 2021; G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 3/2020, anticipato sulla versione *online* della Rivista; C. COLAPIETRO-S. BARBARRESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021, 15 ss.; V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, su *Rivista AIC*, 4/2020.

<sup>61</sup> Si ricordi quella giurisprudenza che ha ravvisato nell'iniziativa della legge un atto di natura politica (Cass. Civ. sez. un., 8 gennaio 1993, n. 124, in *Giur. It.*, 1994, I, 106, in *Giust. Civ.* 1993, I, 1525) oppure che ha respinto l'azione risarcitoria per l'asserito danno derivante dal mancato intervento del legislatore ovvero per non aver adottato (prima dell'entrata in vigore della l. n. 3/2003) un divieto legislativo di fumo nei locali pubblici (diversi da quelli già indicati in un altro testo normativo) giacché il Parlamento non può essere obbligato all'adozione di alcun provvedimento legislativo, non essendo la potestà legislativa suscettibile di coazione: cfr. Trib. Venezia, sez. III, 6 giugno 2008, sui cui v. C. OLIVA, *Il danno da “cattiva” legislazione e da omessa attività di controllo sull'osservanza delle leggi*, in *Resp. civ.*, 2009, 428 ss.

rappresentare un passo in avanti in un quadro costituzionale rivolto alla tutela di valori individuali e sociali che trovano nella Costituzione la loro traduzione in posizioni soggettive giuridicamente tutelabili<sup>62</sup> contro l'arbitrio del potere pubblico, generalmente inteso<sup>63</sup>. Sicché l'idea di un potere legislativo immune da qualsiasi conseguenza sul piano della responsabilità civile, pur a fronte della produzione di un danno nella sfera giuridica individuale, non sembra sempre compatibile con la necessità di assicurare una piena tutela a quei diritti fondamentali che – almeno nel loro nucleo essenziale – lo stesso ordinamento individua come limite all'esercizio della discrezionalità legislativa.

---

<sup>62</sup> P. CARETTI, G. T. BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2017, 88.

<sup>63</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, 54-66.

### Abstract

L'articolo esamina i possibili danni derivanti da un'attività legislativa lesiva dei diritti fondamentali costituzionalmente protetti ed esplora la possibilità di configurare una responsabilità civile in capo al legislatore italiano per dette violazioni, anche in assenza di un'espressa declaratoria di incostituzionalità da parte della Consulta. A tal fine lo studio si soffermerà su una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (ord. 18 ottobre 2021, n. 36373, depositata il 24 novembre 2021) che, nell'ambito di un giudizio per regolamento di giurisdizione, ha statuito come non possa escludersi il diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni asseritamente originati dall'illegittimo esercizio, in quanto discriminatorio, della potestà legislativa derivante dalla predisposizione, presentazione o mancata modifica di un atto legislativo incidente su affermati diritti fondamentali, costituzionalmente protetti.

#### Towards a gradual “accountability” of the legislative power?

This article examines the possible damages deriving from a legislative activity detrimental to constitutionally protected fundamental rights and explores the possibility of a civil liability of the Italian legislator for such violations even when there is no any declaration of unconstitutionality by the Constitutional Court. To this end the study will focus on a recent ruling of the Italian Supreme Court of cassation (ord. n. 36373, 18 October 2021, filed on 24 November 2021) that, in the context of a judgement for the settlement of jurisdiction, ruled that the right to action cannot be excluded in order to obtain a compensation for all the damages arising from the discriminatory use of the legislative power which is in particular due to the failure to modify a legislative act that impacts upon fundamental rights protected by the Constitution.

# Trasparenza sospesa e accesso negato nell'epoca della pandemia da coronavirus

di Vincenzo Mitra

SOMMARIO: 1. Trasparenza amministrativa e diritto di accesso al tempo della pandemia. – 2. La sospensione dei termini di conclusione di tutti i procedimenti nel primo *lockdown* del 2020. Quali conseguenze? – 3. L'accesso agli atti del Comitato tecnico-scientifico inizialmente negato alla Fondazione Einaudi. – 4. La mancanza di una tutela effettiva del diritto all'informazione urgente nella vicenda del Codacons. – 5. Il report di *Transparency International* e le priorità per una revisione organica del diritto di accesso.

## 1. *Trasparenza amministrativa e diritto di accesso al tempo della pandemia*

Da due anni, ormai, la legislazione emergenziale incide notevolmente sulle vite e sui diritti fondamentali delle persone. Per far fronte alla pandemia molti Stati, Regioni e Città hanno dichiarato lo stato di emergenza e hanno invocato poteri straordinari, al fine di prevenire la diffusione del coronavirus, accelerando e semplificando il processo decisionale e l'assegnazione delle risorse.

L'emergenza sanitaria ha indotto le istituzioni dei vari Stati colpiti ad adottare misure eccezionali al fine di tutelare il diritto alla salute della collettività. Tuttavia, se da un lato appare normale e comprensibile che in un periodo emergenziale i pubblici poteri agiscano al di fuori delle regole ordinarie, dall'altro lato bisogna considerare che la concentrazione del potere nelle mani di chi governa non dovrebbe, in nessun caso, portarne all'abuso. In altri termini, è essenziale che i poteri straordinari conferiti per far fronte all'emergenza siano esercitati solo per gli scopi specifici per i quali sono stati assegnati e nel rispetto di quei limiti che rappresentano il fondamento del nostro ordinamento giuridico. La celerità d'azione che la pandemia impone alle istituzioni non può in alcun modo incidere sulla portata dei principi cardine del costituzionalismo democratico<sup>1</sup>.

La crisi mondiale in corso ha avuto un impatto dirompente sulle democrazie liberali, mettendo sotto stress, non solo i sistemi sanitari nazionali, ma anche le categorie costituzionali ordinarie, incidendo notevolmente sulla forma di gover-

---

<sup>1</sup> La gestione di un'emergenza – come appunto quella sanitaria in corso – pone il problema della compatibilità delle misure eccezionali poste in essere a tutela della collettività con i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, con la forma di governo parlamentare basata sulla separazione dei poteri e con il sistema costituzionale delle autonomie. Sul tema si possono consultare: G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione* ([www.unicost.eu](http://www.unicost.eu)), 10 aprile 2020; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 384 ss.; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 117-121.

no e sull'assetto dei diritti costituzionalmente garantiti<sup>2</sup>. In questo periodo turbolento, il dibattito pubblico si è infatti incentrato sulla legittimità delle restrizioni alle libertà fondamentali dinanzi all'emergenza e sul grado di democraticità dei processi deliberativi<sup>3</sup>.

L'emergenza sanitaria legata al Covid-19, in secondo luogo, ha messo in luce la debolezza della capacità conoscitiva del nostro sistema amministrativo. Una debolezza che ha prodotto, in questo periodo, difficoltà di programmazione e di pianificazione degli interventi pubblici di natura straordinaria imposti dalla crisi, segnatamente degli interventi finalizzati a limitare la diffusione del virus, divenendo una delle principali cause che ha aggravato la situazione emergenziale. Emerge dunque un problema di natura conoscitiva nella gestione della pandemia<sup>4</sup>.

La crisi conoscitiva che in generale ha colpito il nostro sistema amministrativo è dovuta alle conseguenze che la pandemia ha causato sul diritto di accedere ai documenti detenuti dalle amministrazioni pubbliche e quindi sulla trasparenza amministrativa.

L'emergenza sanitaria ha reso tutti più consapevoli dell'importanza della

---

<sup>2</sup> In proposito nel dibattito pubblico è stata richiamata la teoria di Carl Schmitt sullo stato di eccezione. Secondo il giurista tedesco lo stato di eccezione è una condizione di sospensione del diritto, dell'intero ordine giuridico ed è strettamente connesso alla sovranità; sovrano è infatti chi decide sullo stato di eccezione: «egli decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene a esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la Costituzione *in toto* possa essere sospesa» (C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del "politico"*, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, Bologna, 1972, 33-35). Tale concetto non va confuso con lo stato di emergenza: «all'emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità», mentre all'eccezione si ricorre «per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine. Si impone anch'essa in momenti perturbati ma, a differenza dell'emergenza, non mira alla stabilità del vecchio ordine» (G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in *La Repubblica*, 29 luglio 2020). Come sottolineato da G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., 385, l'emergenza è conservativa, mentre l'eccezione è rinnovativa: ed è nella prima ipotesi che oggi ci troviamo. In senso analogo, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 139.

<sup>3</sup> I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 99. Non a caso la Risoluzione del Parlamento europeo sull'impatto delle misure connesse all'emergenza sanitaria sulla democrazia, sullo stato di diritto e sui diritti fondamentali, del 13 novembre 2020, afferma che «anche in uno stato di emergenza pubblica, i principi fondamentali dello Stato di diritto, della democrazia e del rispetto dei diritti fondamentali devono prevalere e tutte le misure di emergenza, le deroghe e le limitazioni sono soggette a tre condizioni generali, ovvero la necessità, la proporzionalità in senso stretto e la temporaneità».

<sup>4</sup> M. FALCONE, *La crisi del COVID-19 come crisi conoscitiva del sistema amministrativo italiano*, in *ridiam.it*, 28 aprile 2020, 1; E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, in <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitaadocumentazione/Pubblicazioni/RapportiStudi>, 2020, 1.

conoscenza da parte della società civile dei dati e delle informazioni<sup>5</sup> sul contagio e sulle sue conseguenze, specie laddove essi servano per prendere decisioni fondamentali per la vita dei singoli individui: dalla strategia di contenimento dell'emergenza, alla scelta delle attività e dei servizi da chiudere o riaprire. Disporre di informazioni tempestive e puntuali è cruciale. Così come centrale diventa la loro accessibilità per tutti i cittadini, in modo da garantire un dibattito pubblico chiaro, basato su dati reali e non sulle percezioni individuali: perché vi sia un dibattito pubblico effettivamente consapevole occorre che tutti gli individui dispongano di informazioni corrette e approfondite, sulla base delle quali è poi possibile effettuare quel controllo sull'operato delle istituzioni che in un ordinamento democratico deve necessariamente essere svolto, soprattutto in una fase emergenziale che comporta il venir meno di diritti e libertà costituzionalmente garantiti<sup>6</sup>.

In questo contesto emerge il ruolo fondamentale del diritto di accesso, nella forma dell'accesso generalizzato introdotto nel 2016, come mezzo di conoscenza generale riconosciuto al *quisque de populo*. La riforma del 2016 ha segnato un deciso cambio di passo nella modalità di gestione della cosa pubblica, consacrando il principio di trasparenza nella sua più ampia espressione della libertà di informazione e del diritto di conoscere<sup>7</sup>. L'istituto consente infatti a chiunque di

---

<sup>5</sup> Come chiarito dall'ANAC nelle Linee guida in materia di accesso civico (Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016), i dati esprimono un concetto informativo più ampio rispetto ai documenti, in quanto si riferiscono al dato conoscitivo come tale, indipendentemente dal supporto fisico sui cui è incorporato e a prescindere dai vincoli derivanti dalle sue modalità di organizzazione e conservazione. Per informazioni invece si intendono le rielaborazioni di dati detenuti dalle amministrazioni.

<sup>6</sup> F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, in <https://www.e-lex.it/it/il-foia-alla-prova-della-pandemia-gestione-dellemergenza-e-insegnamenti-per-il-futuro/>, 29 ottobre 2020. Il dibattito pubblico è sovente richiamato come strumento di democrazia partecipativa. Più in particolare è visto come «una specie di terreno di incontro e confronto» tra la democrazia rappresentativa (indiretta) e la democrazia partecipativa o deliberativa (diretta); così G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in cammino*, 30 settembre 2017, 1 ss. Sul punto si rinvia altresì a U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 1 ss. Il dibattito pubblico, se effettivo, riguarda non solo la partecipazione procedimentale, ma più in generale concerne il tema della democrazia amministrativa, cioè la questione della codecisione di scelte amministrative e della riduzione delle distanze tra governanti e governati. Sul tema, G. COLAVITTI, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in *Amministrazione in cammino*, 9 aprile 2020, 8. Sul concetto di democrazia amministrativa: F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*, n. 8/2013, 1 ss.; e soprattutto G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in *Gli istituti della democrazia amministrativa*, a cura di G. BERTI, G.C. DE MARTIN, Milano, 1996, 13 ss.

<sup>7</sup> L'evoluzione della disciplina sull'istituto dell'accesso è stata lunga e complessa. Nel nostro ordinamento l'attività amministrativa è stata a lungo improntata al principio della segretezza: la regola era infatti quella della riservatezza e del segreto d'ufficio imposto ai dipendenti pubblici dal

richiedere alle amministrazioni pubbliche tutti i dati e i documenti già esistenti – salvo i casi eccezionali di segreto sanciti *ex lege* – senza dover dimostrare l'esistenza di un interesse attuale e concreto né motivare la relativa istanza<sup>8</sup>.

L'evoluzione legislativa in materia di accesso<sup>9</sup> ha inteso realizzare il principio

---

lontano D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3. La legge 7 agosto 1990, n. 241, per la prima volta afferma in termini generali il diritto dei privati coinvolti in un dato procedimento di partecipare ad esso e di accedere ai documenti amministrativi che li riguardano, salvo i casi eccezionali di segreto ivi previsti (art. 24), al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale (art. 22). Si consacra in tal modo il principio di pubblicità dell'azione amministrativa (art. 1), poi affiancato dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15, dal principio di trasparenza. Nel 2013, in attuazione della legge delega 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione), viene emanato il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, che introduce stringenti obblighi di pubblicazione – aventi ad oggetto una serie di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività della P.A. – e al fine di renderli effettivi introduce il diritto di accesso civico, vale a dire il diritto di chiunque di richiedere documenti, informazioni e dati, laddove sia stata omessa la loro pubblicazione (art. 5, d.lgs. n. 33/2013). L'ultima tappa è rappresentata dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, che, recependo con notevole ritardo la normativa FOIA (*Freedom of Information act*) statunitense – emanata per la prima volta nel lontano 1966 – introduce l'accesso generalizzato. La lunga evoluzione legislativa in materia di accesso risponde all'esigenza di implementare e potenziare la trasparenza dell'azione amministrativa. Per un'analisi dell'argomento, nell'ampio panorama dottrinale, si possono consultare: E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2005, 573 ss.; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 1 ss.; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2013, 749 ss.; A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in *Atti del Convegno internazionale, Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano*, a cura di M. IMMORDINO, N. GULLO, C. CELONE, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, 563 ss.; 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*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2016, 1019 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2016, 593 ss.; G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa, un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *federalismi.it*, n. 19/2018, 2 ss.; S. VACCARI, M. RENNA, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *Giustamm, rivista di diritto amministrativo*, n. 1/2019, 1 ss.; A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2019, 23 ss.; F. MANGANARO, *Pubblicità e accesso per la trasparenza amministrativa*, in *Temi e questioni di diritto amministrativo*, a cura di L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO, Napoli, 2019, 95 ss.

<sup>8</sup> 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 (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 33/2013, introdotto nel 2016).

<sup>9</sup> Merita quantomeno un cenno la recente entrata in vigore, il primo dicembre 2020, della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti. Si tratta del primo strumento giuridico internazionale vincolante che riconosce il diritto generale di accedere ai documenti pubblici. Per un'analisi dell'argomento si rimanda a L. DROGHINI, *Principi e garanzie del diritto di accesso:*

di trasparenza, quale effettiva visibilità e comprensibilità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, e riflette la polisemia che tale principio ha assunto nel tempo<sup>10</sup>. Così configurata, la trasparenza può realizzare un controllo diffuso di legittimità dell'azione amministrativa, rafforzando il carattere democratico dell'intero ordinamento: essa si pone come strumento di ostacolo a fenomeni di corruzione e più in generale di *maladministration*<sup>11</sup>, fa crescere l'affidabilità delle istituzioni e la fiducia dei cittadini nei loro confronti, soddisfa ancora l'esigenza dei privati di una piena comprensione delle scelte pubbliche e di una partecipazione consapevole alle stesse<sup>12</sup>.

In definitiva, l'introduzione del diritto di accesso generalizzato, rappresenta un'autentica rivoluzione copernicana per la nostra P.A., a lungo dominata dalla cultura del segreto, che però richiederà del tempo perché sia riconosciuta diffusamente e attuata pienamente nel nostro ordinamento<sup>13</sup>.

---

*riflessioni a margine della entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti*, in *federalismi.it*, n. 11/2021, 221 ss.

<sup>10</sup> Sulla polisemia del principio di trasparenza: G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. MERLONI, Milano, 2008, 3 ss.; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2018, 311 ss.

<sup>11</sup> Sulla scia di alcune convenzioni internazionali, su tutte la Convenzione di Merida (Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata a Merida dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dall'Italia il 9 dicembre 2003 e ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116), emerge l'idea che la corruzione vada prevenuta attraverso misure relative all'azione amministrativa, non solo sanzionate *a posteriori* come reato. Sul punto, F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33/2013*, in *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. PONTI, Rimini, 2013, 17-18; F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Atti del Convegno internazionale, Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano*, cit., 553 ss.

<sup>12</sup> La trasparenza è oggi intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 33/2013, come novellato dal d.lgs. n. 97/2016). La trasparenza amministrativa, oltre ad essere un principio generale dell'ordinamento giuridico, italiano e comunitario, è altresì ritenuta uno dei principali strumenti di attuazione del diritto alla buona amministrazione, che si trova scolpito nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il nesso tra trasparenza e diritto alla buona amministrazione è stato poi recepito a livello nazionale (art. 1, co. 2, d.lgs. n. 33/2013). Sul diritto alla buona amministrazione si vedano C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2016, 669 ss., e D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3/2005, 819 ss.

<sup>13</sup> La trasparenza amministrativa impone infatti scelte precise a livello organizzativo e funzionale, ma ancor prima a carattere culturale, che presuppongo, tra l'altro, la comprensibilità di tali scelte, la predisposizione di forme di partecipazione a monte delle stesse, la chiarezza, la qualità

Il diritto di informarsi e di essere informati è alla base della formazione dell'opinione pubblica e di ogni sistema democratico: se si vuole effettivamente garantire la partecipazione pubblica del cittadino, non si può prescindere dalla conoscenza e dalla libertà di accedere alle informazioni pubbliche<sup>14</sup>.

La conoscenza delle informazioni pubbliche consente insomma la partecipazione attiva e consapevole del popolo alle scelte politiche e amministrative, e favorisce il processo di responsabilizzazione (*accountability*) della classe politica e dirigente del Paese<sup>15</sup>.

Nonostante una disciplina così innovativa, che si pone il fine primario di rendere la P.A. una vera e propria “casa di vetro”<sup>16</sup>, persiste ancora una resistenza culturale, ancor prima che giuridica, alla definitiva affermazione della trasparenza quale regola generale e fisiologica dell'azione dei pubblici poteri, con il risultato che la suddetta “casa” talvolta si ritrova coi “vetri oscurati”<sup>17</sup>.

Le vicende in tempo di coronavirus che ci si appresta ad analizzare dimostrano, in effetti, come sia riscontrabile un *deficit* di trasparenza nella gestione della pandemia, che non può che influire negativamente sulla fiducia dei cittadini nelle istituzioni: emerge infatti come la trasparenza, più volte richiamata nei discorsi ufficiali, faticosi ad affermarsi<sup>18</sup>.

---

e la semplicità dell'informazione, la certezza dei tempi, nonché l'effettivo esercizio delle funzioni amministrative e l'abbandono delle varie forme di silenzio (M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2015, 65 ss).

<sup>14</sup> In un sistema democratico le dinamiche della formazione dell'opinione pubblica rivestono un ruolo fondamentale nella legittimazione delle istituzioni e delle regole della comunità. Si comprende allora perché occorre che l'opinione pubblica si formi in modo libero e plurale, ma soprattutto in seguito all'acquisizione di un sapere e di una competenza sull'oggetto della decisione da prendere. «I principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione (...) esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»; così Corte costituzionale 31 marzo 1993, n. 112, e Corte costituzionale 15 maggio 2002, n. 155. Per un'analisi dell'argomento si rimanda a A. PAPA, “*Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*”, in *federalismi.it*, n. 1/2017, 1 ss. Sulla formazione dell'opinione pubblica e sul nesso tra quest'ultima e democrazia si può anche consultare G. SARTORI, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, 1979, ove si sottolinea come il «nesso costitutivo tra pubblica opinione e democrazia è di solare evidenza: la prima è il fondamento sostantivo e operativo della seconda».

<sup>15</sup> A. CORRADO, *Trasparenza, diritto all'informazione e tutela dei dati personali ai tempi del Covid-19*, in *Diritto e Covid-19*, a cura di G.A. CHIESI, M. SANTISE, Torino, 2020, 510.

<sup>16</sup> Si fa qui riferimento alla celebre espressione usata all'inizio del secolo scorso da Filippo Turati, capo dei socialisti italiani, che così affermò: «dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro» (F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, 22962).

<sup>17</sup> A. BERTI, *I vetri appannati di “casa italia”: il caso dell'accesso civico generalizzato ai verbali del comitato tecnico-scientifico per l'emergenza covid-19*, in *dirittoaccesso.it*, 18 agosto 2020, 1.

<sup>18</sup> G. DELLA CANANEA, *Nella pandemia l'Italia soffre di un deficit di trasparenza*, in <https://www.lavoce.info/archives/71929/nella-pandemia-litalia-soffre-di-un-deficit-di-trasparenza/>, 26 gennaio 2021.

L'importanza di una maggiore trasparenza in questo periodo è dimostrata dal fatto che la società civile, pur comprendendo l'eccezionalità e anche l'imprevedibilità della situazione, chiede un resoconto di come vengano spese le risorse pubbliche e sulla base di quali presupposti siano prese decisioni che hanno un così forte impatto sulla vita delle persone<sup>19</sup>. E non si provi a obiettare che, nel corso di una pandemia, vi è la necessità di adeguate difese nei confronti dell'emergenza sanitaria, anche al prezzo di restrizioni delle libertà: nulla, infatti, giustifica che le restrizioni siano definite con modalità opache.

Tutti i cittadini, a cui il Governo, le Regioni e i Comuni hanno chiesto e continuano a chiedere pesanti sacrifici per contrastare la diffusione del coronavirus, hanno il diritto di sapere le precise ragioni scientifiche ed epidemiologiche che giustificano i provvedimenti che hanno portato alla chiusura di certe attività e zone d'Italia; e che hanno viceversa supportato la scelta di lasciarne aperte altre<sup>20</sup>.

Alla luce dell'importanza che il principio di trasparenza ha raggiunto nel nostro ordinamento, si può ritenere che esso sia uno dei termini chiave per interpretare ed affrontare l'attuale situazione di emergenza: la crisi pandemica è infatti, in misura non secondaria, una crisi frutto dell'opacità e la trasparenza contiene molte delle risposte necessarie a gestirla. Proprio la scarsa trasparenza si ritiene abbia contribuito a favorire la diffusione del virus nella prima ondata e a rendere meno agevole il suo contenimento a livello internazionale. Si è pertanto segnalata da più parti l'esigenza di disporre di dati completi, aggiornati, raffrontabili, o comunque di tutti i dati disponibili con il massimo livello di dettaglio. La totale trasparenza e pubblicità dei dati, sia statali che regionali, sulla pandemia avrebbe sicuramente aiutato a comprendere meglio il fenomeno coronavirus e a sviluppare le migliori strategie per affrontarlo, approfittando delle competenze diffuse nella società, consentendo altresì a ciascun individuo di valutare al meglio i potenziali rischi, con conseguenti effetti positivi sul contenimento della diffusione del virus su larga scala<sup>21</sup>.

La trasparenza, del resto, è un principio fondamentale, coesistente alla stessa democrazia<sup>22</sup>: sin dal '700 la libera conoscibilità del potere pubblico è ritenuta uno dei criteri per distinguere lo Stato costituzionale dallo Stato assoluto<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, cit.

<sup>20</sup> F. ANGHELE, *Lockdown, abbiamo diritto di sapere tutti i motivi: miglioriamo il Foia*, in <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/accesso-alle-Informationi-pandemia-e-trasparenza-e-ora-di-migliorare-il-foia/>, 10 novembre 2020.

<sup>21</sup> E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 2.

<sup>22</sup> In questo senso, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10: «il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto».

<sup>23</sup> Bobbio afferma che il potere invisibile rappresenta un fattore di vera e propria degenerazione della democrazia, definita espressamente come il "governo del potere pubblico in pubblico" (N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 86).

Si comprende allora perché la trasparenza è invocata nel dibattito pubblico proprio nei momenti in cui il potere si manifesta maggiormente e le scelte pubbliche – destinate a produrre effetti così incisivi sui diritti individuali e spesso non reversibili – sono adottate con modalità accelerate e talvolta in assenza di controlli, in deroga alle procedure ordinarie<sup>24</sup>. La trasparenza si pone come garanzia per i cittadini, come condizione di legittimazione di un potere emergenziale altrimenti potenzialmente non controllabile, in quanto portato inevitabilmente a muoversi in tempi più rapidi di quelli ordinari e al di fuori delle normali regole.

La gestione dell'emergenza necessita dunque di un *surplus* di trasparenza, al fine di riequilibrare il potere, evitando che la necessaria flessibilità e celerità divengano occasione di arbitrio o corruzione o cattiva amministrazione. Salvo limitate e circoscritte eccezioni, si impone pertanto una completa messa a disposizione di tutti gli atti di gestione emergenziale e dei documenti che supportano l'assunzione delle diverse decisioni: ciò innanzitutto per consentire di valutare la proporzionalità e l'adeguatezza di scelte che incidono in modo così inusuale – sia per le forme, che per la sostanza – sui diritti di ciascuno<sup>25</sup>.

In conclusione, anche in tema di accesso alle informazioni e più in generale

---

<sup>24</sup> Come rimarcato da Obama nel suo memorandum sull'*open government* (B. OBAMA, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, in <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government>, 21 gennaio 2009), c'è un legame stretto tra trasparenza e legittimazione del potere, che è bene espresso dal concetto difficilmente traducibile di *accountability*: il dovere di chi esercita poteri pubblici di “dare conto” della sua azione è tanto più pressante quanto più il potere si concentra e quanto più il potere si manifesta. Come nel periodo vigente. Sul punto, E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 2-3. In passato il problema dell'*accountability* si è posto con riferimento alle autorità amministrative indipendenti, istituite come soggetti indipendenti dal potere governativo e sganciati dal circuito democratico tradizionale. Tali autorità si caratterizzano per un'ampia partecipazione procedimentale, che garantisce un contraddittorio ritenuto ben più avanzato rispetto a quello previsto dalla legge n. 241/1990. La democrazia procedimentale tipica delle *authorities* si pone come loro fonte di legittimazione e di responsabilità politica. Per un'analisi dell'argomento si rinvia a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 207-220, e più di recente F. ZAMMARTINO, *Le autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 952 ss. Il tema dell'*accountability* riguarda in generale l'esercizio dei poteri pubblici ed è strettamente connesso alla trasparenza amministrativa. Le democrazie liberali, basate sul *right to know*, rappresentano un modello che persegue essenzialmente tre scopi: consentire un controllo diffuso sull'operato del Governo e delle sue amministrazioni anche al fine di prevenzione della corruzione (*accountability*); assicurare una più consapevole partecipazione del cittadino alle decisioni pubbliche (*participation*); rafforzare la legittimazione delle amministrazioni pubbliche, chiamate ad operare al servizio della collettività (*legitimacy*). In questa prospettiva, l'accesso generalizzato diventa istituto funzionale al corretto funzionamento delle democrazie liberali. Sul punto, M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9/2013, 796; S. MILAZZO, *Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2016, 9; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, cit., 5.

<sup>25</sup> E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 3.

di trasparenza, la pandemia rappresenta probabilmente uno spartiacque: per l'attenzione nazionale rivolta quotidianamente ai dati relativi alla diffusione del contagio e ai decessi, da parte di media e cittadini; ma anche perché è ormai divenuto chiaro a tutti che la disponibilità di tali informazioni, la loro libera circolazione, è una condizione essenziale per rendere concreta la possibilità di valutare e verificare le politiche adottate e, ove necessario, correggerle in tempo.

Proprio da questo presupposto partono molte delle più significative istanze di accesso generalizzato rivolte alle istituzioni durante l'emergenza, riguardanti dati e informazioni sulla pandemia.

## 2. *La sospensione dei termini di conclusione di tutti i procedimenti nel primo lockdown del 2020. Quali conseguenze?*

La crisi conoscitiva che ha colpito il nostro sistema durante la crisi pandemica è stata causata innanzitutto dalla sospensione, per alcuni mesi nel primo *lockdown* del 2020, del diritto di accedere ai dati e alle informazioni pubbliche.

Il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18<sup>26</sup>, ha infatti disposto la sospensione dei termini con riferimento a tutti i procedimenti amministrativi<sup>27</sup>: il provvedimento risultava motivato dalle difficoltà di assicurare il regolare svolgimento dell'attività amministrativa all'inizio dell'emergenza sanitaria, a causa soprattutto dell'impossibilità per la maggior parte dei funzionari pubblici improvvisatisi *smart workers* di accedere agli archivi cartacei dei loro uffici di riferimento e pertanto di fornire risposte nei tempi congrui alle richieste di accesso<sup>28</sup>.

Per il medesimo periodo sono stati inoltre prorogati o differiti i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo (silenzio-rifiuto, silenzio-assenso) previste dall'ordinamento.

Evidente è la duplice *ratio* della sospensione disposta dalla normativa in esame: evitare eccessive semplificazioni procedurali, conferendo al trascorrere del tempo una valenza significativa ed evitare altresì che le amministrazioni pubbliche subissero conseguenze negative dovute alle difficoltà nella gestione dell'emergenza sanitaria. Sembra in sostanza che il legislatore, per il periodo di

<sup>26</sup> C.d. decreto Cura Italia, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27.

<sup>27</sup> In particolare, l'art. 103 della normativa in esame ha disposto che «ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020 (poi prorogata al 15 maggio 2020 dal decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»», convertito con legge 5 giugno 2020, n. 40)».

<sup>28</sup> F. ANGHELE, *Lockdown, abbiamo diritto di sapere tutti i motivi: miglioriamo il Foia*, cit.

emergenza, si sia preoccupato di tutelare maggiormente gli interessi della P.A. a non essere intaccata dallo scorrere del tempo, non curandosi dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini, incluso il diritto alla trasparenza<sup>29</sup>.

La normativa in esame ha comunque previsto dei correttivi al fine di bilanciare gli interessi in gioco, palesando la necessità di valutare la presenza di ragioni di urgenza e di garantire una durata ragionevole al procedimento amministrativo. Le amministrazioni pubbliche devono infatti adottare ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati (art. 103, co. 1, d.l. n. 18/2020).

Si tratta tuttavia di un correttivo generico e rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, certamente non idoneo ad attribuire automaticamente una "corsia preferenziale" alle istanze concernenti l'emergenza sanitaria.

Come già detto, data la portata generale della norma, tra i procedimenti interessati dalla sospensione sono rientrati anche quelli in materia di accesso, in tutte e tre le sue forme: "tradizionale" (artt. 22 ss., legge n. 241/1990), civico (art. 5, co. 1, d.lgs. n. 33/2013) e generalizzato (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 33/2013)<sup>30</sup>.

La normativa emergenziale ha suscitato sin da subito diverse perplessità poiché riguardava tutte le amministrazioni, statali, regionali e locali, incluse quelle non direttamente coinvolte dall'emergenza sanitaria.

Se la sospensione dei termini procedurali può apparire per un verso ragionevole (si è, infatti, preso atto della possibilità di un rallentamento dell'attività amministrativa a fronte della radicale modifica delle condizioni di lavoro della macchina pubblica, che ha adottato il c.d. "*smart working*"), per altro verso sarebbe stato opportuno sottrarre all'applicabilità di tale regime le istanze di ostensione aventi ad oggetto i dati sulla pandemia<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> I. PAZIANI, *Trasparenza sospesa per Covid-19: il diritto di accesso agli atti nelle disposizioni emergenziali e le sue conseguenze*, in <https://www.mediappalti.it/trasparenza-sospesa-per-covid-19-il-diritto-di-accesso-agli-atti-nelle-disposizioni-emergenziali-e-le-sue-conseguenze/>, 10 giugno 2020.

<sup>30</sup> Alla luce della lunga evoluzione normativa, nel sistema vigente convivono tre diverse forme di accesso, ognuna caratterizzata da propri presupposti, limiti e finalità. Il legislatore ha utilizzato per tutte lo stesso *nomen iuris*, generando incertezza in merito alla loro applicazione. Sulla difficile convenienza di plurime forme di accesso: G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, n. 1/2017, 2 ss.; F. LOMBARDI, *Spunti di riflessione sulla problematica applicazione delle diverse tipologie di accesso. Il possibile insegnamento derivante dall'esperienza spagnola*, in *federalismi.it*, n. 22/2018, 1 ss.; F. MANGANO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 159 ss. A questo proposito si segnala che nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), nel paragrafo intitolato "Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione", si annuncia l'intenzione di ridurre le tre forme di accesso ad una, al fine di semplificare la disciplina dell'accesso alle informazioni pubbliche. Sul punto, E. CARLONI, *Passi indietro su anticorruzione e trasparenza? Considerazioni a margine del PNRR e del decreto PA*, in <https://orizzontideldirittopub.com/2021/06/11/passi-indietro-su-anticorruzione-e-trasparenza-considerazioni-a-margine-del-pnrr-e-del-decreto-pa/>, 11 giugno 2021.

<sup>31</sup> E. FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19*, in *Ceridap, rivista*

Il nostro ordinamento si è in realtà adeguato a una tendenza internazionale che, quasi ovunque, ha comportato nel corso della prima ondata pandemica una sospensione o comunque una forte limitazione del diritto di accesso, dovuta proprio alle difficoltà con cui le amministrazioni si sono ritrovate a operare<sup>32</sup>. Tale sospensione temporanea di un diritto avrebbe potuto essere meno pesante se Governi e amministrazioni avessero spontaneamente pubblicato online, in termini proattivi, costanti e capillari, tutte le informazioni e i dati indispensabili, ad esempio, a decifrare meglio e affrontare la pandemia. L'*International Press Institute* ha infatti sottolineato come la sospensione dei FOIA nei vari Stati abbia ostacolato il diritto all'informazione, contribuendo a erigere uno scudo contro giudizi e critiche verso molti Governi<sup>33</sup>.

La sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi, correlata alle istanze di accesso avanzate durante la situazione di emergenza sanitaria, ha portato inevitabilmente a limitare il diritto fondamentale all'informazione e alla trasparenza, proprio in un momento in cui vi era e vi è una maggiore esigenza di chiarezza e di comprensione dell'azione dei pubblici poteri.

In un contesto del genere è chiaro che le istanze di accesso possono svolgere anche una decisiva funzione di controllo diffuso ad opera dei cittadini, dei giornalisti e delle organizzazioni della società civile<sup>34</sup> sulla correttezza di impiego e destinazione delle ingenti risorse pubbliche che sono state stanziare in questo momento dall'Italia, ma soprattutto dall'Unione europea nell'anno in corso e per gli anni a venire<sup>35</sup>.

---

*interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, n. 2/2020, 105; E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 4.

<sup>32</sup> Una limitazione del FOIA si è avuta ad esempio in Australia, Brasile, Canada, Francia, India, Messico, Nuova Zelanda, Regno Unito, Spagna e Stati Uniti. Sul punto si può consultare T. McINTOSH, *Governments Delaying Access to Information Because of Pandemic*, in <https://eyeglobaltransparency.net/2020/03/25/governments-delaying-access-to-information-because-of-pandemic/>, 25 marzo 2020.

<sup>33</sup> F. ANGHELÉ, *Lockdown, abbiamo diritto di sapere tutti i motivi: miglioriamo il Foia*, cit.

<sup>34</sup> Fondamentale è il ruolo dei giornalisti e delle organizzazioni non governative nell'utilizzo dell'accesso generalizzato: la circolare n. 2 del 2017 del Dipartimento della Funzione pubblica, richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (segnatamente, il Caso Magyar c. Ungheria, 8 novembre 2016; più di recente, sulla libertà di espressione dei giornalisti, si veda anche il Caso Baldassi e altri c. Francia, 11 giugno 2020) definisce i giornalisti e le organizzazioni non governative come *social watchdogs* e afferma che occorre tener conto della particolare rilevanza, ai fini della promozione di un dibattito pubblico informato, delle domande di accesso provenienti da tali soggetti. Sul punto, F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, cit.

<sup>35</sup> L'Unione europea ha risposto alla crisi pandemica con il Next Generation EU. Si tratta di un programma che prevede investimenti e riforme finalizzate ad accelerare la transizione ecologica e digitale, migliorare la formazione dei lavoratori, nonché conseguire una maggiore equità. Per godere dei fondi europei il Governo ha dovuto predisporre un apposito documento, soggetto all'approvazione della Commissione europea: il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). Il documento, redatto seguendo le linee guida emanate dalla Commissione europea, descrive quali

Bisogna altresì considerare che la sospensione dei termini procedurali non ha comportato una contrazione del dibattito pubblico che, anzi, si è sviluppato in maniera virale nel periodo dell'emergenza sanitaria: da febbraio 2020 si è parlato molto sia del virus sia delle misure adottate dai vari Governi per fronteggiarlo. Proprio per questo va garantita una corretta informazione, al fine di scongiurare il rischio, riscontrato dal Consiglio di Stato<sup>36</sup>, del formarsi di "pseudoconoscenze" e "pseudoscienze": tale rischio in epoca di pandemia si prospetta particolarmente concreto spingendo diversi giornalisti, ma anche privati cittadini, a richiedere dati di vario genere ma tutti estremamente rilevanti per il dibattito pubblico, perché attinenti ad attività con incidenza diretta su diritti fondamentali delle persone e, peraltro, gestite con un rilevante esborso di risorse pubbliche. L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha coniato il neologismo "infodemia" per indicare "quell'abbondanza di informazioni, alcune accurate e altre no, che rendono difficile per le persone trovare fonti affidabili quando ne hanno bisogno". Il propagarsi di *fake news*, a parere dell'OMS, avrebbe effetti negativi, oltre che da un punto di vista sociale, sulla stessa evoluzione dell'epidemia. Se infatti la Protezione civile ha comunicato quotidianamente i dati relativi ai tamponi e ai contagi riscontrati sul territorio, è da dire che, come ci appresta a vedere, non tutte le istituzioni sono state altrettanto virtuose e comunque non con riferimento a tutti i dati. Di conseguenza, non appena terminata la fase di sospensione dei termini, si è registrato un cospicuo uso dell'accesso generalizzato perfettamente in linea con le finalità attribuite a tale strumento dalla legge, ossia favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e promuovere la partecipazione al dibattito pubblico<sup>37</sup>.

### 3. *L'accesso agli atti del Comitato tecnico-scientifico inizialmente negato alla Fondazione Einandi*

La grande importanza dei dati sulla pandemia e della loro accessibilità, finora sottolineata, spiega l'ampia risonanza che ha avuto la vicenda relativa ai verbali

---

progetti l'Italia intende realizzare grazie ai fondi comunitari e come intende gestire tali risorse; è inoltre previsto un calendario di riforme finalizzate all'attuazione del piano e alla modernizzazione del Paese. Sul PNRR e sul ruolo del Governo e del Parlamento nella relativa attuazione si può consultare, A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?», in *federalismi.it*, n. 18/2021, 235 ss.*

<sup>36</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020, cit.: «Il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della P.A. alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudoscienze a livello diffuso, in modo (...) da "contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza (...) a manipolare i dati di realtà"».

<sup>37</sup> F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, cit.

delle riunioni del Comitato tecnico-scientifico (CTS)<sup>38</sup> a cavallo tra la prima e la seconda ondata.

Tale vicenda conferma il persistere di una resistenza culturale, prima ancora che giuridica, alla definitiva affermazione della trasparenza quale regola generale e fisiologica dell'azione dei pubblici poteri, anche se, come si vedrà, l'epilogo giudiziario dimostra come il nostro sistema presenti ormai gli anticorpi necessari a contrastarne la reviviscenza<sup>39</sup>.

Il 14 aprile 2020 la Fondazione Einaudi ha presentato istanza di accesso civico generalizzato finalizzata all'ostensione di cinque verbali del CTS relativi al periodo dal 28 febbraio 2020 al 9 aprile 2020: si trattava dei verbali citati nelle premesse dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM) emanati tra marzo e aprile 2020<sup>40</sup>.

Tali verbali sono il supporto tecnico per provvedimenti che hanno ridotto al minimo l'esercizio di libertà costituzionalmente garantite come, tra le altre, la libertà di movimento, di riunione, d'impresa e di culto: l'impossibilità per i cittadini di conoscerne il contenuto è dunque un grave *vulnus* all'interno del meccanismo di controllo politico-democratico sull'operato dei propri governanti, oltre che una grave limitazione della partecipazione al dibattito pubblico<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Per fronteggiare la crisi pandemica il Governo italiano si è avvalso della consulenza del CTS, nominato *ad hoc*, formato con il decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile del 5 febbraio 2020, n. 371, ai sensi dell'art. 2, co. 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630. L'esperienza italiana e quella francese, nella quale ci si è avvalsi della collaborazione di organi appositamente istituiti, rappresentano un modello differente rispetto a quello utilizzato in Germania e negli USA, ove invece si è fatto ricorso ad istituzioni o agenzie precostituite e già operanti nell'ordinamento. Sulla differenza tra il modello tedesco e americano e quello italiano e francese si veda A. IANNUZZI, "Leggi science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 119 ss., ove si esprime una netta preferenza per il primo modello, ritenuto più garantista. La precostituzione per legge degli organi tecnico-scientifici deputati ad interagire con la politica nonché delle procedure deputate ad orientare i relativi rapporti può infatti assicurare maggiormente contro il possibile rischio di un uso strumentale da parte della politica delle valutazioni scientifiche.

<sup>39</sup> A. BERTI, *I vetri appannati di "casa italia": il caso dell'accesso civico generalizzato ai verbali del comitato tecnico-scientifico per l'emergenza covid-19*, cit., 1.

<sup>40</sup> Segnatamente erano stati richiesti i seguenti verbali: verbale del 28 febbraio 2020, citato nelle premesse del DPCM dell'1 marzo 2020; verbale dell'1 marzo 2020, citato, anch'esso nelle premesse del DPCM dell'1 marzo 2020; verbale del 7 marzo 2020, citato nelle premesse del DPCM dell'8 marzo 2020; verbale del 30 marzo 2020, citato nelle premesse del DPCM dell'1 aprile 2020; verbale del 9 aprile 2020, citato nelle premesse del DPCM del 10 aprile 2020.

<sup>41</sup> I pareri del CTS hanno condizionato tutte le più importanti decisioni dell'Esecutivo nella gestione della crisi pandemica: infatti, i principali strumenti utilizzati a tal fine, tra i quali i DPCM che si sono accumulati in maniera alluvionale durante la prima ondata, hanno fatto espresso riferimento ai verbali delle sedute del CTS. Ne è derivato un procedimento «atipico», alla stregua del quale i DPCM sono adottati sentendo il CTS, per quanto attiene ai «profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» (art. 2, co. 1, decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19).

Le misure di contenimento adottate per fronteggiare il virus ovunque sono state decise sulla base di valutazioni fornite dalla scienza. La difficoltà di gestire un'emergenza senza precedenti facendo esclusivo affidamento sulle competenze ordinarie della politica e della P.A., ha portato il Governo centrale e quelli locali ad avvalersi della collaborazione di una serie di comitati tecnico-scientifici appositamente istituiti<sup>42</sup>.

La scienza ha dunque assunto un ruolo cardine nella formazione della decisione politica. Le misure emergenziali richiedono una forma di intensa collaborazione fra politica e scienza; la scienza sembra anzi avere assunto rispetto alla politica un ruolo di guida: la decisione politica non è più semplicemente basata sulla scienza (*science based* o *science related*), ma è guidata dalla scienza (*science driven*)<sup>43</sup>. È stato dunque necessario acquisire il supporto scientifico al fine di adottare i provvedimenti emergenziali. In breve, la scienza non rappresenta più soltanto una base di riferimento per le scelte politiche, ma diventa una sorta di formante a cui deve rifarsi il decisore pubblico, finendo per legittimare la decisione politica<sup>44</sup>.

La piena trasparenza sui verbali del CTS è fondamentale per consentire di distinguere il contributo tecnico dalla decisione politica e far emergere in modo preciso il peso concreto e il reale condizionamento dell'apporto degli organismi

---

Sul punto, F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 131.

<sup>42</sup> Oltre al CTS si possono segnalare la task force istituita dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione in accordo con il Ministero della salute per valutare e proporre soluzioni tecnologiche *data driven*; e il Comitato di esperti in materia economica e sociale (c.d. task force per la fase 2). Sul tema, A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 3277 ss.

<sup>43</sup> A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 119 ss.

<sup>44</sup> In un contesto del genere sorge il problema dell'elaborazione dei criteri per selezionare gli esperti che andranno a comporre gli organi tecnici. Sotto tale profilo emerge il ritardo endemico del nostro ordinamento relativamente all'adozione di procedure per l'individuazione di organi e di esperti a cui demandare il compito di supportare dal punto di vista tecnico-scientifico le decisioni politiche (A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 124). La selezione degli esperti dovrebbe avvenire sulla base di una procedura pubblica, aperta e trasparente. L'assenza di sedi stabili di interlocuzione fra politica e tecnica ha condotto invece alla speciale istituzione di molteplici gruppi di esperti; ciò può favorire l'occasione per nominare esperti che godono del gradimento del Governo di turno o secondo schemi fiduciari che non sembrano consoni ad orientare i rapporti fra politica e scienza. In un momento in cui la tutela effettiva di diritti fondamentali della persona si realizza ormai anche per effetto di pareri di organismi tecnici, che devono essere attentamente considerati, si impone la necessaria professionalità, autonomia, indipendenza e imparzialità degli organismi tecnico-scientifici che assistono il Governo (A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3277 ss.).

tecnicisti sulla decisione finale. Infatti è solo con la pubblicazione di tali atti che è possibile verificare quanta parte della decisione politica è, in qualche modo, vincolata dai pareri tecnici e quant'altra, invece, è da essi solo orientata o è assolutamente discrezionale.

In un ordinamento giuridico che ha finalmente recepito il principio di trasparenza e dell'accessibilità totale, sarebbe illegittimo e anacronistico non pubblicare documenti interlocutori provenienti dagli organismi tecnici, specie ove citati nelle premesse degli atti normativi.

La necessità di rendere pubblici gli apporti tecnici serve altresì a rendere possibile quell'istruttoria tecnico-scientifica che deve essere svolta sulle fonti *science based*. L'atto normativo può infatti risultare illegittimo se risulta non fondato su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti. Affinché tale verifica sia possibile i pareri tecnici devono essere formalmente acquisiti e ordinariamente resi pubblici<sup>45</sup>.

Nonostante ciò il Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri, con nota del 4 maggio 2020, ha respinto l'istanza di ostensione, ritenendo i verbali del CTS sottratti all'accesso, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 5-*bis*, co. 3, del d.lgs. n. 33/2013<sup>46</sup>, e all'art. 24, co. 1, lett. c), della legge n. 241/1990<sup>47</sup>, nonché in virtù dell'art. 1, co. 1, lett. b), del DPCM 27 giugno 2011 n. 143<sup>48</sup>. In particolare, per l'amministrazione gli atti richiesti, poiché contengono pareri prodromici all'adozione dei DPCM, sono inaccessibili e la loro ostensione è esclusa dalle norme predette, e ciò in forza della qualificazione dei DPCM quali atti normativi.

La Fondazione Einaudi allora ha fatto ricorso al TAR Lazio, deducendo l'illegittimità del diniego opposto sotto plurimi profili. Segnatamente, secondo i ricorrenti i DPCM non hanno natura di atti normativi né di atti amministrativi generali, ma sono ordinanze contingibili e urgenti; ne deriva l'inapplicabilità delle norme summenzionate sulla base delle quali è stato respinto l'accesso agli atti del CTS. I ricorrenti hanno sostenuto altresì che la mancata conoscenza dei verbali

---

<sup>45</sup> A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3285-3292.

<sup>46</sup> Secondo tale norma l'accesso generalizzato 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'art. 24, co. 1, della legge n. 241/1990.

<sup>47</sup> In virtù di tale disposizione il diritto di accesso è escluso nei confronti dell'attività della P.A. 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.

<sup>48</sup> La norma, adottata in attuazione del sopracitato art. 24, co. 2, esclude l'accesso per i «documenti e gli atti amministrativi, diversi da quelli ufficialmente pubblicati, concernenti il lavoro di commissioni, organi collegiali, gruppi di studio e di lavoro, qualora finalizzati all'adozione di atti normativi, di atti amministrativi generali e di atti di pianificazione e di programmazione».

in esame avrebbe ostacolato l'esercizio ordinario del controllo politico-democratico da parte dei cittadini in relazione all'operato della P.A.

Il TAR Lazio ha ritenuto illegittimo il diniego opposto dal Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei ministri. Secondo il giudice amministrativo i DPCM, e quindi a maggior ragione i pareri del CTS quali atti endoprocedimentali prodromici alla loro emanazione, non possano essere qualificati – come sostenuto dalla Presidenza del Consiglio – né come atti normativi né come atti amministrativi generali: a differenza dei primi, sono privi del requisito della astrattezza e della capacità di introdurre una stabile innovazione nell'ordinamento, mentre con i secondi hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari. Ad avviso del Collegio si tratta di atti atipici, che per le loro caratteristiche si avvicinano piuttosto alle ordinanze contingibili e urgenti, in quanto provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali *tout court*, consentono di derogare all'ordinamento giuridico, anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare<sup>49</sup>.

Ancora, secondo il giudice amministrativo, la *ratio* dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o di atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che, nella misura in cui indicano i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DPCM, si connotano per un particolare impatto sociale sui territori e sulla collettività.

Il TAR Lazio pertanto ha accolto il ricorso, ordinando all'amministrazione di consentire l'accesso ai verbali richiesti<sup>50</sup>.

La sentenza è stata appellata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, che ne ha chiesto, in via cautelare, la sospensione dell'efficacia esecutiva. Il giudice amministrativo ha provvisoriamente sospeso l'esecutorietà della sentenza, sino all'udienza di discussione collegiale dell'istanza cautelare, e ciò al fine di non pregiudicare definitivamente l'interesse dell'amministrazione contraria all'ostensione degli atti in attesa della decisione del Collegio – che sarebbe inutile ad ostensione degli atti avvenuta – ritenuta la materia meritevole di approfondimento giuridico collegiale<sup>51</sup>.

Tale decreto presidenziale ha espresso altresì alcune puntuali considerazioni in merito all'appello proposto, che hanno lasciato presagire il suo rigetto.

---

<sup>49</sup> Di qui la conclusione che la fattispecie non può essere inquadrata tra le esclusioni previste dall'art. 24, co. 1, lett. c), della legge sul procedimento amministrativo (e conseguentemente dall'art. 5-*bis*, co. 3, decreto trasparenza), trattandosi di atti di diversa natura giuridica rispetto a quelli previsti da detta normativa.

<sup>50</sup> TAR Lazio, sez. I-*quater*, 22 luglio 2020, n. 8615.

<sup>51</sup> Consiglio di Stato, sez. III, decreto 31 luglio 2020, n. 4574.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ha affermato che, posto che la normativa e gli atti, compresi quelli endoprocedimentali, adottati durante l'emergenza sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità, è impossibile applicare definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali "atti amministrativi generali" ovvero "ordinanze contingibili e urgenti", pur avendo tali atti alcuni elementi di quelle categorie.

In secondo luogo, non convince la tesi della Presidenza del Consiglio, che fonda la sua censura sulla qualificazione dei verbali quali atti presupposti per l'adozione di atti amministrativi generali, ovvero come atti amministrativi generali: non sembrerebbe infatti che con tale categoria di atti si possa incidere, in modo tanto significativo, su diritti fondamentali della persona; lo potrebbero invece fare le ordinanze contingibili e urgenti che, però, nella legislazione emergenziale, sono solo quegli atti (ad es. del Ministero della salute) che in tal modo la legge qualifica espressamente.

Ancora, i verbali del CTS non contengono elementi che l'amministrazione ha motivatamente indicato come segreti, per cui non si comprende perché si debbano includere nel novero di quelli sottratti alla regola generale di trasparenza e di conoscibilità da parte dei cittadini, giacché la recente normativa prevede come regola l'accesso e come eccezione la non accessibilità di quelle sole categorie di atti che devono essere interpretate restrittivamente.

La decisione del Consiglio di Stato di sospendere, su richiesta dell'Esecutivo, la desecretazione degli atti del CTS relativi alla pandemia ha suscitato molte reazioni critiche<sup>52</sup>.

Ascoltando tali appelli il Governo ha alla fine inviato alla Fondazione Einaudi i documenti, così autorizzando di fatto che venissero resi pubblici e dando spontanea esecuzione alla sentenza del TAR, con ciò rinunciando di fatto all'appello<sup>53</sup>.

La vicenda dunque si conclude, almeno in parte, positivamente, nonostante la difficoltà nel veder riconosciuto il diritto di accesso e conferma che il principio di trasparenza riguarda anche l'apporto degli organismi tecnici. Il giudice amministrativo ha potuto così scardinare la pretesa di segretezza della P.A. nei confronti di pareri tecnico-scientifici prodotti a sostegno della decisione politica<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> La vicenda è stata oggetto di un'accesa discussione parlamentare nelle sedute della Camera dei deputati del 28 e 29 settembre 2020; per un approfondimento della discussione è possibile consultare il resoconto stenografico della seduta dell'Assemblea: [https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0399&tipo=alfabetico\\_stenografico#](https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0399&tipo=alfabetico_stenografico#). Uno degli attacchi più duri è stato sferrato dall'economista ed ex direttore del Fondo Monetario Internazionale Carlo Cottarelli: «L'opposizione di Palazzo Chigi alla desecretazione degli atti del Comitato tecnico-scientifico sul Covid è un atto grave. Cosa c'è che non dobbiamo sapere? È nostro diritto essere trattati da cittadini, non da sudditi» (post su Twitter del 4 agosto 2020).

<sup>53</sup> Il Consiglio di Stato, preso atto della rinuncia all'appello da parte del Governo, ha dichiarato cessata la materia del contendere; Consiglio di Stato, sez. III, 11 settembre 2020, n. 5426.

<sup>54</sup> A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3292.

Il contenzioso dimostra anche l'importanza della questione dottrinale sulla qualificazione giuridica dei DPCM, a lungo oggetto di polemiche di natura sia politica che giuridica. Si tratta di una fonte del diritto monocratica, di titolarità e responsabilità politica del Presidente del Consiglio dei ministri<sup>55</sup>, che in tempo di pandemia ha goduto di tanta visibilità dato che tramite essa è stata gestita la prima fase di diffusione del virus.

Difficile individuarne la natura giuridica e la collocazione nel sistema delle fonti.

Il potere di ordinanza è stato attribuito al Presidente del Consiglio, che lo ha largamente esercitato in forma di decreto, col decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6<sup>56</sup> ed è previsto altresì dal decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (c.d. codice della Protezione civile)<sup>57</sup>.

Il DPCM è una fonte che nel nostro ordinamento è oggetto di una disciplina solo parziale e frammentata, a differenza dei decreti del Presidente della Repubblica e dei decreti ministeriali, che trovano una precisa collocazione e un tentativo di tipizzazione nella legge 23 agosto 1988, n. 400.

La natura multiforme e per molti aspetti indeterminata dei DPCM probabilmente spiega il perché si sia deciso di ricorrere a un atto così flessibile per la gestione della pandemia, anche in luogo delle tradizionali ordinanze contingibili e urgenti. L'incerta disciplina normativa e l'assenza di regolamentazione dei procedimenti, dei controlli e dei vincoli notiziali e formali rendono tale atto uno strumento flessibile e caratterizzato da tempistiche di approvazione brevi, cui fare ricorso nei casi in cui siano necessari interventi di particolare celerità<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 564.

<sup>56</sup> Segnatamente, l'art. 1, co. 1, del suddetto d.l. attribuisce alle "autorità competenti", non meglio specificate, il potere di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Tali misure sono adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale (art. 3, co. 1).

<sup>57</sup> Il codice, nel definire il Presidente del Consiglio come "autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia" (art. 3, co. 1, lett. a), gli attribuisce i poteri di ordinanza in materia di protezione civile (art. 5, co. 1) e dispone che spetta sempre al Presidente del Consiglio adottare direttive con cui dare gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile (art. 5, co. 2).

<sup>58</sup> Il DPCM, in un primo momento, è stato utilizzato come strumento di organizzazione della Presidenza del Consiglio: la legge n. 400/1988 prevede ad esempio che con esso si proceda alla nomina del segretario generale o all'approvazione del regolamento interno del Consiglio dei ministri. Negli anni successivi all'entrata in vigore della legge citata, si è riscontrato un incremento dei DPCM che presentano contenuto normativo ma difettano dei requisiti necessari per poter essere qualificati come regolamenti. L'assenza di una disciplina puntuale e la celerità dell'*iter* di

Secondo parte della dottrina tali DPCM andrebbero considerati quali “fonte emergenziale” al pari delle ordinanze *extra ordinem*, ovvero atti normativi sub-primari derogatori di norme secondarie. Essi troverebbero fondamento nel codice della Protezione civile e nei decreti-legge seguiti alla dichiarazione dello stato di emergenza, cui i decreti del Presidente del Consiglio danno attuazione. Ne deriva che i DPCM possono derogare alle leggi vigenti, ma non possono disporre in difformità da quei decreti-legge, poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante<sup>59</sup>.

Secondo un altro orientamento dottrinale, i DPCM ricevono solo una prima legittimazione di carattere generale nel codice della Protezione civile, che riconosce al Capo del Governo il potere, attraverso direttive, di determinare indirizzi, che poi dovrebbero trovare una loro esecuzione con atti di natura locale: tale normativa, che prevede i DPCM e ne costituisce il fondamento giuridico, li configura come direttive, quindi né atti di diretta ed immediata attuazione, né ordinanze contingibili e urgenti. Secondo detta normativa, tali atti si configurano cioè quali atti amministrativi generali di indirizzo, che, come tali, non possono avere efficacia diretta su posizioni giuridiche soggettive attive. Sembrerebbe, dunque, che si tratti di atti ben distinti e distanti dai DPCM previsti dal d.l. n. 6/2020, che invece incidono, innovando l'ordinamento giuridico, direttamente sulle libertà fondamentali. I DPCM usati per fronteggiare la pandemia, anche se formalmente previsti nel codice della Protezione civile, trovano in realtà il proprio fondamento giuridico nel predetto d.l. n. 6/2020. In sostanza tale decreto-legge è come se tipizzasse *ex novo* una nuova tipologia di DPCM, distinti da quelli previsti dalla normativa summenzionata, in quanto non si limitano alla mera esecuzione della fonte primaria, ma producono effetti diretti nei confronti dei singoli<sup>60</sup>.

C'è chi ha ancora sottolineato come nel coacervo di poteri di ordinanza pre-

---

approvazione hanno indotto il Governo a ricorrere al DPCM in luogo delle forme regolamentari tipiche. Tale tendenza si conferma anche in tempo di pandemia. Per un'analisi dell'argomento si rimanda a M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *federalismi.it*, n. 27/2021, 176 ss. Sul tema anche V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 2/2016, 2 ss.

<sup>59</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 109 ss. Del medesimo avviso, E.C. 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, 64 ss.

<sup>60</sup> A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 558 ss. Sul punto si veda anche G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., 384 ss., ove si critica l'uso massiccio del DPCM. Non può considerarsi idoneo fondamento giuridico di queste fonti il d.l. n. 6/2020, che ne prevede l'adozione per stabilire misure fortemente limitative di numerosi diritti costituzionalmente protetti: si tratta infatti del conferimento di un potere normativo “in bianco” ad un atto sub-primario in materie coperte da riserva di legge, in molti casi assoluta. Del medesimo avviso, V. LIPPOLIS, *Il ruolo Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 268 ss.

visti dalla legislazione emergenziale<sup>61</sup> non è affatto agevole distinguere sovrapposizioni, anche di piani temporali, e competenze, onde realizzare un'opera di razionalizzazione sistematica. Né si può conseguire tale scopo affermando che i DPCM ricevano una doppia legittimazione, nel codice della Protezione civile e in ciascun decreto-legge che ne reca la specifica previsione. I DPCM fanno richiamo alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria nazionale, ma senza alcun riferimento al codice della Protezione civile, sicché quel richiamo è a una circostanza fattuale, non a un presupposto normativo abilitante, che può al più valere a definire il termine finale di efficacia delle misure.

L'opera di razionalizzazione sistematica, in definitiva, è molto difficile, ed è probabile che potrà dirsi compiuta solo *ex post*, quando, di queste modalità confuse e sovrapposte di produzione del diritto, sarà stato possibile svolgere l'analisi empirica, e quando le giurisdizioni ne avranno compiuto la vagliatura<sup>62</sup>.

Sul tema della natura giuridica del DPCM si è di recente espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021. Il giudizio di legittimità costituzionale riguardava gli artt. 1-3 del d.l. n. 6/2020, e gli artt. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020. Segnatamente secondo il giudice *a quo* (il Giudice di Pace di Frosinone) le norme summenzionate sarebbero state in contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost., in quanto avrebbero sostanzialmente delegato la funzione legislativa in materia di contenimento della pandemia da coronavirus all'autorità di Governo che l'avrebbe esercitata tramite meri atti amministrativi, cioè i tanti discussi DPCM<sup>63</sup>.

La Consulta ha, per un verso, dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione di legittimità costituzionale delle norme previste dal d.l. n. 6/2020, essendo inapplicabili al caso di specie *ratione temporis*<sup>64</sup>; per altro verso, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità relativa al d.l. n. 19/2020.

Secondo la Corte quest'ultimo decreto-legge, diversamente dal d.l. n. 6/2020, non solo ha tipizzato le misure restrittive delle libertà individuali introducibili tramite DPCM, in tal modo impedendo al Governo di assumere provve-

---

<sup>61</sup> Si contano ordinanze del Presidente del Consiglio, del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, dei Presidenti delle Regioni, dei Sindaci e del Ministro della salute.

<sup>62</sup> S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 544-545.

<sup>63</sup> Ciò ad avviso del giudice rimettente era in contrasto con il principio di tipicità delle fonti di produzione normativa (in particolare risultava violato il principio sancito dagli artt. 76-77 Cost. secondo cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con la legge delega e mai ad atti amministrativi), e al di fuori dell'unica ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, quella dello stato di guerra (art. 78 Cost.).

<sup>64</sup> Nel giudizio *a quo* la violazione commessa (si trattava del divieto di allontanamento dall'abitazione senza giustificato motivo) risaliva al 20 aprile 2020, data in cui il d.l. n. 6/2020 non era più in vigore, essendo stato abrogato dal successivo d.l. n. 19/2020.

dimenti *extra ordinem*, ma ha anche stabilito che tali misure possono essere adottate secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso (art. 1, co. 2, d.l. n. 19/2020). La fonte primaria ha così imposto un «criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale»<sup>65</sup>.

In quanto emanati in attuazione di una fonte primaria che ne ha prefissato il contenuto, tali DPCM, ad avviso della Consulta, si configurano come atti amministrativi necessitati e si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle ordinanze necessitate (a contenuto libero)<sup>66</sup>, previsto dal codice della Protezione civile<sup>67</sup>. A

---

<sup>65</sup> Corte Cost. n. 198/2021 (punto 6.2). A questo proposito, rileva altresì il coinvolgimento del CTS nella predisposizione dei DPCM, sebbene il suo intervento sia stato previsto «di norma» dal d.l. n. 19/2020 (art. 2, co. 1) e con modalità non sempre convincenti dal punto di vista della trasparenza e tempestività nella pubblicità delle decisioni (M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, cit., 186-187).

<sup>66</sup> Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 4 gennaio 1977, n. 4, pur avendo entrambi come presupposto l'urgente necessità del provvedere, la differenza tra atti necessitati e ordinanze necessitate consiste nel fatto che i primi sono «messi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto, mentre le seconde nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto».

<sup>67</sup> Nonostante le parole della Consulta potrebbero lasciar intendere che tali DPCM siano «atti amministrativi generali», la questione non è pacifica, in quanto guardando al contenuto del DPCM del 10 aprile 2020, alcune disposizioni sembrerebbero avere contenuto normativo, innovando rispetto all'ordinamento giuridico esistente con precetti che presentano i caratteri della generalità, dell'astrattezza e della non determinabilità dei destinatari. Si pensi, ad esempio, alla norma che prevede il divieto di allontanamento dall'abitazione senza giustificato motivo («sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e, in ogni caso, è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un Comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute e resta anche vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza»; art. 1, co. 1, lett. a), DPCM 10 aprile 2020); oppure alla norma che prevede il divieto di ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico (art. 1, co. 1, lett. d); o ancora alla norma che vieta l'accesso del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici (art. 1, co. 1, lett. e). A questo proposito si segnala che il Consiglio di Stato, pronunciandosi in sede consultiva sul ricorso straordinario al Capo dello Stato per l'annullamento di alcuni DPCM attuativi del d.l. n. 19/2020, ha qualificato tali DPCM come «atti generali a contenuto normativo-regolamentare» (Consiglio di Stato, sez. I, parere 13 maggio 2021, n. 850). In definitiva, la questione circa la natura normativa o meno dei DPCM è abbastanza complessa, in ragione delle difficoltà interpretative che solleva la nozione di «normatività»: sia in ordine al carattere della innovatività sia quanto alla generalità e all'astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza o la determinabilità, da un lato, e l'indeterminatezza o la indeterminabilità, dall'altro lato, dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla disposizione; così S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., 537-538.

questo proposito la Corte precisa che l'alternatività dei modelli di regolazione della crisi non solleva problemi di legittimità costituzionale. La competenza legislativa per il contenimento della pandemia spetta in via esclusiva allo Stato, poiché attiene alla «profilassi internazionale» (art. 117, co. 2, lett. q), Cost.)<sup>68</sup>. Il legislatore statale è dunque libero di individuare gli interventi normativi e provvedimenti che ritiene più adeguati al contenimento dell'emergenza sanitaria, che per la sua gravità e imprevedibilità ha imposto l'impiego di «strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire»<sup>69</sup>.

La Corte costituzionale sottolinea altresì le ulteriori garanzie che il d.l. n. 19/2020 ha introdotto: il necessario raccordo con il Parlamento, sia prima sia dopo la predisposizione del testo del decreto, nonché la maggiore conoscibilità dell'atto, garantita dall'obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Il decreto-legge ha disposto inoltre la temporaneità delle misure restrittive, adottabili solo per periodi predeterminati e reiterabili non oltre il termine finale dello stato di emergenza.

In definitiva, il modello standard di gestione dell'emergenza pandemica, impiegato fino alla caduta del Governo Conte-*bis*, si è avvalso del decreto-legge, al fine di fornire la base legale, i profili procedurali e le misure restrittive introducibili, nonché di una serie di DPCM attuativi, emanati con un ritmo piuttosto serrato al fine di garantire l'adattamento tempestivo ai possibili mutamenti del quadro epidemiologico<sup>70</sup>. Tale modello di regolazione della crisi è stato ritenuto dalla Consulta conforme al quadro costituzionale e con esso anche quei peculiari atti amministrativi a carattere normativo costituiti dai DPCM<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Il richiamo alla profilassi internazionale, fatto per la prima volta nella sentenza n. 37 del 12 marzo 2021, è tutt'altro che pacifico. L'eccessiva portata che la Consulta riconosce a tale materia ha l'effetto di alterare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, alle quali è precluso introdurre misure sostanzialmente derogatorie rispetto a quelle assunte a livello statale, rendendo in tal modo problematico il rapporto tra la profilassi internazionale e la materia "tutela della salute", riservata alla legislazione concorrente dall'art. 117, co. 3, Cost. Sul tema si possono consultare: 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 *Forum Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, 11 ss.; 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 *Rivista AIC*, n. 4/2021, 231 ss.

<sup>69</sup> Corte Cost. n. 198/2021 che richiama la precedente Corte Cost. n. 37/2021; in senso analogo, anche Cons. Stato, sez. I, parere n. 850/2021 cit.

<sup>70</sup> M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, cit., 181.

<sup>71</sup> Per un commento critico alla sentenza si rimanda a M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *federalismi.it*, n. 25/2021, 81 ss.

#### 4. *La mancanza di una tutela effettiva del diritto all'informazione urgente nella vicenda del Codacons*

Se, come più volte sottolineato, la crisi sanitaria ha palesato l'importanza dei dati e di una loro più ampia diffusione, la trasparenza in tempo di pandemia impone altresì che la conoscenza di tutti i dati relativi al virus avvenga in tempi rapidi, onde evitare che le informazioni richieste vengano concesse quando ormai non sono più utili, non solo a fini conoscitivi, ma anche per le scelte terapeutiche del cittadino. Sotto tale profilo è emersa la criticità degli strumenti procedurali e processuali previsti dall'ordinamento nel garantire tempestivamente l'accesso a informazioni rilevanti come quelle sul virus.

Il problema si è posto in seguito al contenzioso di cui è stato protagonista il Codacons, ente che si occupa del Coordinamento delle Associazioni a tutela dei diritti degli utenti e dei consumatori. Il suddetto ente, a marzo 2020, ha presentato un'istanza al Dipartimento della Protezione civile, al Ministero della salute, all'Istituto Superiore di Sanità e alla Presidenza del Consiglio dei ministri, finalizzata all'ostensione di dati ulteriori rispetto a quelli che venivano spontaneamente diffusi nel corso delle quotidiane conferenze stampa della Protezione civile<sup>72</sup>.

In tal modo si voleva rendere un servizio alla collettività, garantendo ai cittadini una più ampia informazione sull'evoluzione dell'emergenza sanitaria: si tratta, infatti, di dati che possono contribuire ad offrire un quadro pandemico più completo e approfondito sia per meglio apprezzare, da un punto di vista quantitativo, la drammaticità dell'evento, sia per fare valutazioni in vista di una migliore tutela del diritto alla propria salute e a ricevere cure mediche.

Il Codacons non ha ricevuto dall'amministrazione una tempestiva *disclosure* dei dati richiesti e si è scontrata con l'assenza nel nostro ordinamento giuridico di uno strumento idoneo ad ottenere gli stessi in tempi utili<sup>73</sup>.

Non avendo ottenuto alcuna risposta, il Codacons ha impugnato dinanzi al TAR Lazio i bollettini informativi della Protezione civile successivi alla presentazione della sua istanza, chiedendone l'annullamento, previa adozione di misure cautelari *ex art. 56 c.p.a.* In altri termini, per sollecitare il rilascio dei dati richiesti, l'Associazione dei consumatori, con un'evidente forzatura interpretativa, ha inteso tali bollettini informativi come impliciti provvedimenti di diniego della

---

<sup>72</sup> Segnatamente, si chiedeva di distinguere il numero dei deceduti affetti da Covid-19 in soggetti deceduti in ospedale e soggetti deceduti nel proprio domicilio con sintomi gravi; di comunicare i posti disponibili in terapia intensiva sull'intero territorio nazionale, nonché le relative possibilità concrete di trasferimento attraverso la Cross, Centrale remota per le operazioni di soccorso; infine, di comunicare la percentuale dei soggetti positivi in rapporto ai tamponi effettuati giornalmente.

<sup>73</sup> Sia l'art. 25, co. 4, legge sul procedimento amministrativo, con riferimento all'accesso documentale, sia l'art. 5, co. 6, d.lgs. n. 33/2013, con riguardo all'accesso civico, prevedono il termine di trenta giorni per la conclusione del relativo procedimento; sul punto, E. FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19*, cit., 101.

propria istanza (dato che, al pari dei primi, non prevedevano i dati aggiuntivi richiesti); pertanto, li ha impugnati subito dopo la pubblicazione, senza attendere dunque il termine di trenta giorni dalla istanza, anziché servirsi del rito speciale in materia di accesso previsto dall'art. 116 c.p.a.

Le istanze cautelari avanzate dal Codacons sono state respinte dal giudice amministrativo<sup>74</sup>, che ha comunque concluso prendendo una netta posizione a sostegno dell'interesse alla pubblicazione dei dati richiesti<sup>75</sup>.

Il Codacons, preso atto dell'arroccamento dell'amministrazione resistente, ad aprile 2020 ha proposto istanza incidentale di accesso *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. Il giudice amministrativo ha nuovamente respinto l'istanza dichiarandola infondata<sup>76</sup>, ma ha ribadito l'importanza di una più ampia e tempestiva diffusione dei dati sulla pandemia, al fine di assicurare la più effettiva trasparenza e la piena comprensione sull'emergenza sanitaria<sup>77</sup>.

La vicenda offre diversi spunti.

Tralasciando le svariate “forzature” processuali approntate dal Codacons e l'esplicita presa di posizione del giudice amministrativo che ha più volte sottolineato l'importanza di una tempestiva *disclosure* dei dati sul virus, il contenzioso esaminato consente di mettere in luce un altro “effetto collaterale” della pandemia da coronavirus, e cioè l'inadeguatezza dell'accesso civico generalizzato, strumento pensato per tempi ordinari, a garantire il principio di trasparenza amministrativa in tempi straordinari ed emergenziali<sup>78</sup>.

L'impossibilità per il cittadino di ottenere una risposta dall'amministrazione in termini rapidi ha causato un grave *vulnus* per il diritto all'informazione. Il

<sup>74</sup> I due decreti presidenziali emanati dal TAR Lazio (TAR Lazio, sez. I-*quater*, decreto 28 marzo 2020, n. 2299 e decreto 1 aprile 2020, n. 2346), sono stati confermati in sede di appello cautelare dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez. III, decreto 8 aprile 2020, n. 1841). Il TAR Lazio e il Consiglio di Stato hanno considerato non impugnabili i bollettini della Protezione civile e di conseguenza hanno precisato che non poteva essere azionato l'ordinario rito annullatorio. In secondo luogo, non poteva ipotizzarsi una fattispecie di diniego implicito non essendo stato rispettato il termine di trenta giorni per dare riscontro alle istanze. Per un'analisi dell'intera vicenda si rinvia a E. FURIOSI, *Emergenza Covid e dati pubblici: l'accesso civico e il rito processuale in materia di accesso non vanno alla velocità della pandemia*, in *Ceridap, rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, n. 2/2020, 149 ss.

<sup>75</sup> Il giudice amministrativo ha infatti dichiarato di auspicare fortemente che «la Protezione civile avrà certamente modo di considerare, con ogni mezzo possibile compatibile con modalità e tempi dell'emergenza, anche tali auspicati elementi conoscitivi, al fine di valutarli per ciò che è il reale, primario interesse generale odierno: il contrasto e la riduzione del contagio e l'adozione delle terapie necessarie». Così Cons. Stato, sez. III, decreto n. 1841/2020, cit.

<sup>76</sup> Tale istanza, ad avviso del Collegio, non aveva ad oggetto dei documenti sufficientemente individuati ma avrebbe costretto l'amministrazione a formare nuovi documenti per soddisfare l'interesse informativo della parte ricorrente.

<sup>77</sup> TAR Lazio, sez. I-*quater*, 25 giugno 2020, n. 7174.

<sup>78</sup> E. FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19*, cit., 104.

primo problema che è emerso dalla vicenda è proprio che il termine di trenta giorni assegnato all'amministrazione per rispondere all'istanza di accesso civico rischia di risultare troppo lungo e non tiene il passo con i tempi della diffusione del virus: è evidente che nell'attesa di una risposta vi sia il rischio che si perda l'interesse o si vanifichi la finalità di tutelare la propria salute, come accaduto. Sarebbe stato dunque opportuno introdurre un regime derogatorio, con la previsione di un termine per la conclusione del procedimento più o meno breve a seconda delle concrete circostanze di urgenza del caso di specie.

Ovviamente la mancata previsione di un termine breve per le decisioni amministrative sulle istanze di ostensione relative alle informazioni e ai dati concernenti il coronavirus si è aggiunta al regime di sospensione dei termini procedurali operato dal d.l. n. 18/2020, che, come visto, ha compromesso notevolmente il diritto a conoscere<sup>79</sup>. Non solo, quindi, il legislatore non ha accelerato la *disclosure* dei dati sul contagio, come sarebbe stato auspicabile, ma ha addirittura consentito alle amministrazioni pubbliche di temporeggiare ulteriormente.

Eppure, è palese che una ostensione tardiva – tra l'altro non avvenuta nella vicenda Codacons – dei dati relativi al contagio privi gli stessi della loro utilità principale; vale a dire, come evidenziato dal giudice amministrativo, la possibilità per i cittadini «di ottenere ogni informazione che possa essere utile ad assumere gli atteggiamenti più corretti per affrontare la gravissima emergenza sanitaria in corso»<sup>80</sup>. La scelta dell'amministrazione di non pubblicare tempestivamente i dati richiesti ha di fatto eroso l'utilità di questi ultimi.

Dalla vicenda emerge altresì come la mera pubblicazione di alcuni dati non si sia affatto rivelata sufficiente a garantire la trasparenza a cui gli obblighi di pubblicazione sono finalizzati. Si è palesata, infatti, la necessità di uno sforzo ulteriore: i dati rilasciati e resi pubblici devono essere resi comprensibili attraverso chiavi di lettura che li interpretino e contestualizzino. Ma così non è stato: abbiamo infatti assistito alla pubblicazione quotidiana del numero di contagiati, senza però evidenziare sufficientemente che il numero di tamponi effettuati quotidianamente non era il medesimo<sup>81</sup>, rendendo in questo modo tali numeri non solo inutili, ma financo fuorvianti e affatto significativi<sup>82</sup>. In tal modo la pubbli-

---

<sup>79</sup> A. CORRADO, *Trasparenza, diritto all'informazione e tutela dei dati personali ai tempi del Covid-19*, cit., 519-521.

<sup>80</sup> Così TAR Lazio, sez. I-*quater*, ordinanza 17 aprile 2020, n. 2835.

<sup>81</sup> La percentuale dei soggetti positivi in rapporto ai tamponi effettuati giornalmente era tra i dati aggiuntivi richiesti dal Codacons.

<sup>82</sup> E. FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prona dell'emergenza da Covid-19*, cit., 105. L'esigenza di una maggiore precisione e completezza nella diffusione dei dati sul Covid-19 è emersa altresì in una vicenda più recente concernente la richiesta al Ministero della salute di rendere noti dati statistici relativi all'andamento della situazione epidemiologica a livello nazionale, con indicazione diversificata del numero di decessi e degenti in terapia intensiva su base anagrafica e/o pregresse patologie. La vicenda si è conclusa con un nulla di fatto, in quanto il Ministero della salute, rite-

cità si è sovrapposta alla trasparenza<sup>83</sup>. Mentre quest'ultima, nella sua dimensione "collettivistica", finalizzata a garantire la conoscibilità diffusa dell'azione pubblica, implica non solo la possibilità per la cittadinanza di ottenere dati completi e aggiornati, ma anche l'effettiva comprensione delle notizie disponibili. La scarsa attenzione per il profilo della comprensibilità dei dati e delle informazioni rischia così di rendere inutile la diffusione degli stessi presso la collettività<sup>84</sup>.

In conclusione, la vicenda Codacons palesa una criticità del sistema amministrativo di tutela del diritto all'informazione del cittadino: mette cioè in luce l'inadeguatezza del sistema a soddisfare un'esigenza di trasparenza in tempi celeri, come accaduto durante l'emergenza. La mancanza di uno strumento idoneo a consentire di avere rapidamente i dati utili rischia inevitabilmente di vanificare l'interesse e la finalità da raggiungere, cioè quella di tutelare, anche in questo caso in tempi rapidi, un altro diritto fondamentale qual è il diritto alla salute, ancora più importante, che qui viene parimenti in gioco, unitamente al diritto alla conoscenza e comprensione delle informazioni pubbliche<sup>85</sup>.

L'importanza di una completa e tempestiva *disclosure* sui dati concernenti la lotta al coronavirus è stata affermata dal giudice amministrativo anche in seguito alla lunga vicenda concernente il piano nazionale di emergenza. Il contenzioso ha avuto ampia risonanza, suscitando diverse polemiche. *L'incipit* risale ad agosto 2020, quando due deputati del partito Fratelli d'Italia hanno presentato al Ministero della salute un'istanza di accesso generalizzato finalizzata ad avere copia del piano nazionale di emergenza pandemica. Dinanzi all'inerzia del dicastero, è stato adito il TAR Lazio, che a gennaio 2021 ha accolto il ricorso<sup>86</sup>. In ottemperanza a tale decisione, a febbraio, il Ministero della salute ha pubblicato il documento "Piano Sanitario Nazionale in risposta ad una eventuale emergenza

---

nendosi incompetente, ha inoltrato l'istanza di ostensione all'Istituto Superiore di Sanità, ente supposto competente, dandone comunicazione all'interessato. A gennaio 2021 l'istante ha adito il TAR lamentando l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di accesso. Il ricorso è stato respinto dal giudice amministrativo, non sussistendo nel caso di specie alcun silenzio inadempimento (TAR Lazio, sez. III-*quater*, 15 giugno 2021, n. 7144).

<sup>83</sup> Sul rapporto tra pubblicità e trasparenza: F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, cit., 1 ss.; S. VACCARI, M. RENNA, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, cit., 1 ss.

<sup>84</sup> I recenti fenomeni di insofferenza alla vaccinazione – che continuano a contraddistinguere una fascia, per quanto minoritaria, della popolazione – sembrano essere stati aggravati proprio dalla scarsa comprensione dei contenuti divulgati, mentre una maggiore attenzione su questo fronte li avrebbe forse in parte scongiurati o quanto meno attenuati. Sull'argomento, A. SIMONATI, *Adempimenti comunicativi e legittimità dell'obbligo vaccinale: la (multiforme) influenza del principio di trasparenza amministrativa*, in [www.nuoveautonomie.it](http://www.nuoveautonomie.it), intervento al webinar su *Pandemia e obbligo vaccinale. Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS*, 19 febbraio 2022.

<sup>85</sup> A. CORRADO, *Trasparenza, diritto all'informazione e tutela dei dati personali ai tempi del Covid-19*, cit., 516-517.

<sup>86</sup> TAR Lazio, sez. III-*quater*, 22 gennaio 2021, n. 879.

pandemica da Covid-19<sup>87</sup>. Ciononostante, l'Avvocatura dello Stato ha proposto appello avverso la sentenza di prime cure.

Il Consiglio di Stato ha preso atto che i documenti richiesti erano stati effettivamente forniti: la pubblicazione del documento richiesto ad opera del Ministero appellante ha soddisfatto l'interesse ostensivo azionato dagli originari ricorrenti. Pertanto il ricorso in primo grado è stato dichiarato estinto per sopravvenuta carenza di interesse.

Il giudice amministrativo ha comunque colto l'occasione per ribadire, ancora una volta, l'importanza di una più ampia e completa trasparenza nella gestione della pandemia<sup>87</sup>.

##### 5. *Il report di Transparency International e le priorità per una revisione organica del diritto di accesso*

Le vicende di cui si è discusso rappresentano un significativo banco di prova del livello di attuazione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento.

Nonostante l'introduzione nel 2016 di una disciplina innovativa, che consenta di promuovere maggiori condizioni di trasparenza dell'azione amministrativa e che miri a realizzare una vera e propria "casa di vetro", alla luce dei risultati monitorati emergono nella prassi difficoltà operative che incidono sul corretto esercizio del diritto di accesso alle informazioni pubbliche. Pur sottolineando l'importanza del ruolo che può essere giocato dalla trasparenza – importanza enfatizzata dall'attuale pandemia – non può trascurarsi la straordinaria resistenza che su più fronti la cultura del segreto ha continuato a manifestare in questi anni, contrastando e ridimensionando le aperture alla conoscibilità promosse dal legislatore<sup>88</sup>.

L'emergenza sanitaria conferma l'importanza di una effettiva trasparenza e di una più ampia informazione: la pandemia, sulla quale si sono concentrate tutte le energie – sanitarie, economiche, sociali – dei vari Paesi, comprensibilmente ha monopolizzato l'attenzione dei cittadini, con una crescente richiesta di informazioni e il costante rischio di infodemia. In questo quadro la ricerca di fonti

---

<sup>87</sup> «Sempre più dovrà essere soddisfatto, nella misura in cui lo consentiranno e verranno meno le preminenti esigenze di riservatezza volte a preservare la salute quale interesse della collettività, l'interesse pubblico, sotteso all'accesso civico generalizzato, ad ottenere la massima trasparenza in ordine agli atti con i quali il Governo e le autorità sanitarie hanno inteso fronteggiare, sin dal principio, la diffusione della pandemia da Covid-19 e far luce, secondo il principio della "casa di vetro" che contraddistingue la trasparenza dell'azione amministrativa (...), sui moduli decisionali, invero complessi e articolati, che hanno condotto, anche in una fase procedimentale istruttoria o meramente preparatoria, all'adozione di misure emergenziali fortemente incidenti sull'esercizio dei diritti fondamentali». Così Consiglio di Stato, 9 luglio 2021, n. 5213.

<sup>88</sup> E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 6.

informative affidabili, complete e tempestive è diventata sempre più pressante; così come la necessità di rendere prontamente conoscibili i dati sulla base dei quali sono state prese decisioni dall'impatto così dirompente sulle nostre vite. Si è trattato di un passaggio cruciale: al di là delle resistenze nella pubblicazione dei dati, che non sono mancate, l'accesso generalizzato ha dimostrato nel corso della pandemia di essere un importante strumento per aumentare la trasparenza dei processi decisionali e per garantire una più completa e corretta informazione. Pur senza nascondere limiti e difficoltà, ad oggi l'istituto risulta insostituibile a tal fine, come del resto dimostrano le sentenze del giudice amministrativo.

Proprio alla luce delle recenti vicende in tempo di pandemia è quanto mai opportuno valorizzare ulteriormente l'istituto dell'accesso generalizzato, migliorando quegli aspetti normativi che tendono a ostacolare le istanze formulate da cittadini, giornalisti e organizzazioni della società civile. In un suo recente report dedicato all'impiego del FOIA da parte dei giornalisti<sup>89</sup>, l'associazione *Transparency International* Italia ha indicato le priorità per una revisione organica del diritto di accesso, di cui ha messo in luce alcune criticità.

In primo luogo, va assicurata una maggiore tutela dell'identità del richiedente: oggi, infatti, è previsto soltanto che laddove le informazioni richieste alle autorità pubbliche prevedano controinteressati, l'amministrazione debba dare loro comunicazione (art. 5, co. 5, d.lgs. n. 33/2013). Tuttavia, più volte giornalisti che indagavano sulla criminalità organizzata o su possibili reati si sono trovati a vedere le loro generalità condivise con soggetti potenzialmente pericolosi, perché le amministrazioni hanno inoltrato le istanze di accesso ai controinteressati senza omettere i dati personali del richiedente. Tale procedura non solo rischia di compromettere l'incolumità dell'istante, ma anche di disincentivare il lavoro d'inchiesta dei professionisti dell'informazione. Per questo *Transparency International* suggerisce che i giornalisti e gli attivisti vengano tutelati da eventuali rappresaglie dei privati con una maggiore attenzione nel rimuovere ogni dato personale nell'intero delle richieste di accesso a terzi.

Altro problema concerne i dinieghi alle istanze di ostensione, che spesso non forniscono motivazioni in maniera adeguata ed esaustiva. Sarebbe auspicabile una riforma normativa che sancisca l'obbligo per le amministrazioni di giustificare in modo chiaro e circostanziato il diniego, affinché eventualmente il richiedente possa scegliere se ricorrere sulla base di informazioni precise. Il ricorso alla giustizia amministrativa ha, d'altro canto, dei costi che non tutti possono sostenere, limitando di fatto la possibilità di veder riconosciuto un diritto. Per questo, *Transparency* chiede corsie preferenziali per attivisti, giornalisti e asso-

---

<sup>89</sup> Report FOIA4Journalists 2019, pubblicato il 28 settembre 2020, in occasione della Giornata Internazionale dell'Accesso alle Informazioni. Esso raccoglie le esperienze e i risultati ottenuti nel corso dell'ultimo anno in cui il FOIA è diventato sempre più uno strumento imprescindibile per lo svolgimento delle attività dell'associazione.

ciazioni che si avvalgono massicciamente del diritto di accesso generalizzato e che per questo dovrebbero poter contare su una riduzione dei costi in caso di ricorsi al TAR.

Ancora, viene lamentata l'assenza di un'autorità di controllo che possa vigilare sull'operato delle pubbliche amministrazioni, in particolare nel caso di dinieghi immotivati o silenzi di fronte alle richieste di accesso, e che sia in grado di irrogare sanzioni a quelle amministrazioni che non applicano con rigore la disciplina normativa.

Infine, per rendere il FOIA uno strumento veramente accessibile a tutti, la predetta Organizzazione internazionale contro la corruzione propone che le amministrazioni prepongano alle istanze di accesso un dipendente, che sia debitamente formato e in grado di dialogare con i cittadini anche "da remoto".

A fronte di questo quadro, le vicende finora illustrate dimostrano la difficoltà di giungere a una amministrazione pienamente e realmente aperta, trasparente e al servizio del cittadino.

Ecco perché occorre anche un diverso approccio da parte della nostra P.A. La chiusura e l'arroccamento dei pubblici poteri di fronte ad istanze di accesso ad atti così importanti come quelli sulla pandemia, la cui divulgazione può generare un dibattito pubblico, che può a sua volta sfociare in una critica dell'opinione pubblica, sembrano il riflesso di un approccio culturale ancora troppo legato alla tradizionale concezione autoritativa e verticistica della P.A., con il risultato di vanificare la spinta rivoluzionaria realizzata dal legislatore verso un nuovo modello di rapporto tra amministrazione e amministrati, basato sul dialogo orizzontale e su dinamiche paritarie e interattive<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> A. ALU', *Il FOIA resta diritto astratto in Italia: ecco perché*, in <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/foia-se-la-pa-non-cambia-mentalita-non-puo-esserci-trasparenza-il-report>, 23 ottobre 2020.

### Abstract

L'articolo indaga le conseguenze che la pandemia da Covid-19 ha avuto sul principio di trasparenza amministrativa. Analizzando in particolare alcune disposizioni del decreto-legge n. 18/2020 e due vicende giudiziarie concernenti istanze di accesso aventi ad oggetto dati sull'emergenza sanitaria, si vuole mettere in luce come la gestione della pandemia sia caratterizzata da un *deficit* di trasparenza, con evidenti ripercussioni negative sulla fiducia dei cittadini verso le istituzioni e sulla diffusione del contagio. Il periodo attuale si pone dunque come banco di prova per verificare l'attuazione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento, specie alla luce dell'introduzione del FOIA nel 2016. Le molteplici istanze di accesso generalizzato e i tanti appelli alla trasparenza delle amministrazioni pubbliche confermano l'imprescindibilità del diritto di accesso e la necessità di implementarlo sempre di più.

#### Delayed transparency and denied access during the Covid-19 pandemic

The paper analyzes how the Covid-19 pandemic affected the principle of administrative transparency. Exploring some provisions of Decree-Law no. 18/2020 and considering some access requests related to the health emergency data, the paper shows the deficit of administrative transparency during the pandemic management. This has negatively affected public confidence in the institutions and also increased the spread of the infection. So the Covid-19 pandemic has become a test bed for the implementation of the administrative transparency principle in the Italian legal order, especially following the introduction of FOIA in 2016. The several civic access requests related to Covid-19 health emergency data and many appeals for the transparency of public administrations confirm the essential right to access and the need to further improve it.

*Recensioni*



Spunti di riflessione dalla lettura del volume: “*L’abuso d’ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*”, di Sergio Perongini

di Loredana Giani

1. Le pagine che seguono vogliono, senza alcuna pretesa di completezza, offrire solo qualche spunto di riflessione derivante dalla lettura del volume di Sergio Perongini su “*L’abuso d’ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*”. Un lavoro nel quale l’Autore, nell’analizzare la fattispecie di reato nell’ennesima riformulazione offerta dal legislatore nell’intervento 2020, offre una rilettura critica che induce a riflettere, in una dimensione complessiva, sul corretto esercizio della funzione amministrativa e sui rischi di deviazione che sono correlati ad ogni esercizio di potere, contribuendo a individuare i limiti, i confini entro i quali anche lo stesso giudice penale dovrebbe muoversi, evitando pericolose contaminazioni che avrebbero come unico effetto quello di generare momenti di frizione che impatterebbero negativamente anche sulla stessa macchina pubblica, allontanando, frustrando il raggiungimento di quegli obiettivi dichiarati che l’intervento riformatore della fattispecie dell’abuso di ufficio intendeva perseguire.

Il volume presenta una doppia anima, amministrativa e penale, che viene ampiamente valorizzata e bilanciata nel contesto dell’analisi condotta dall’amico Perongini e che rispecchia proprio la doppia anima del suo Autore.

Ed è proprio questa doppia anima che a mio avviso rappresenta il valore aggiunto del volume in quanto fornisce le chiavi interpretative indispensabili quando ci si avvicina a fattispecie che l’*agere publicum* rispetto a un reato che forse più degli altri è stato vittima di quel populismo penale degli ultimi tempi sul quale si è per lungo tempo soffermata la dottrina (ad es. N. Pisani). Populismo che in un certo senso è stato aggravato dalla matrice emergenziale dell’ultimo intervento normativo che, come molti degli interventi dettati dall’emergenza, si focalizza sugli effetti, sui sintomi, e non sulle cause della malattia.

Un populismo penale che, secondo un percorso vizioso e non virtuoso, si colloca su un crinale reso ancor più accidentato in ragione della intersezione con un’altra forma di populismo, altrettanto pericolosa. Il populismo semplificatorio che ormai da anni affligge l’amministrazione (secondo una ingiusta presunzione di inefficienza generalizzata) e depotenzia il diritto amministrativo, dequotando quel necessario e indispensabile grado di garanzia dell’effettività della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini cui la prestazione pubblica, il risultato amministrativo, per dirla con una terminologia a molti di noi cara, dovrebbe tendere.

Un risultato che per essere “appropriato” (e non solo efficiente o efficace,

o peggio ancora economico) presuppone e non può prescindere da un quadro normativo chiaro, da un contesto organizzativo ben definito, da una disponibilità, non solo di risorse economiche ma anche umane, adeguata. Dunque, una appropriatezza della decisione che ha una portata complessa e multidimensionale (interessando anche i profili organizzativi) e che assorbe, superandole, le diverse declinazioni dello stesso principio costituzionale del buon andamento, dunque, che supera le 3 E (efficacia, efficienza ed economicità), spostando l'attenzione sul risultato come strumento giuridico di garanzia del rapporto amministrativo e che è la chiave della "sostenibilità" intesa in una necessaria dimensione sistemica dell'azione dei pubblici poteri.

Quello stesso populismo che ha inciso senza ombra di dubbio anche sulla stessa definizione dei confini della fattispecie penale rispetto alla quale lo stesso Autore denuncia, sin dalla apertura del suo volume, la violazione dei principi di tassatività, determinatezza e prevedibilità, sottolineando proprio come, muovendo dalla formulazione «ampia» della norma, si siano consentite letture ermeneutiche della stessa che di fatto hanno ampliato, fino a farli scomparire, gli stessi confini della fattispecie penale che l'Autore definisce «*la faglia delle Marianne dell'ordinamento italiano*».

2. Ma perché tutto ciò è accaduto? Una risposta al quesito la si ritrova in maniera chiara in alcuni passaggi del volume: alcuni molto espliciti, penso ai passaggi in cui l'Autore fa riferimento alla competenza del legislatore e alla qualità della legislazione; altri meno, ma sempre percepibili con chiarezza dal lettore.

Il volume ha, tra gli altri, il pregio di individuare le coordinate per ristabilire quel «giusto equilibrio» tra i poteri, riconsegnando al giudice e all'amministrazione, al potere giudiziario e al potere amministrativo ciò che gli è proprio. Equilibrio che a tratti è parso impossibile forse anche a causa del radicarsi di convincimenti, spesso ingiustificati – e a pensar male (sebbene consapevoli che si faccia peccato) verrebbe da dire forse non sempre inconsapevoli –, che non fanno giustizia né all'amministrazione, né al potere giudiziario: impersonificata, la prima, si perdoni il richiamo, da un funzionario che è a metà tra il modello fantozziano e il Marchese del Grillo alle prese con il povero ebanista Aronne Piperno; il secondo come un ostacolo al funzionamento della macchina pubblica (e questo tanto per il giudice penale, quanto per quelli amministrativo e contabile, destinatari, a diverse ondate, di moti eliminatori che, direi per fortuna, sino ad oggi non hanno poi avuto un grande seguito, sebbene non si possa negare la portata e la pericolosità di alcune sciabolate riformatrici e l'ultima *in fieri* sotto l'egida del PNRR non risulta esente da forti perplessità).

E così negli anni è stata costruita, alimentata ad arte – e in alcuni passaggi del volume questa critica si coglie, sia pure non in maniera eccessivamente marcata – la vulgata populista menzionata in apertura che, in realtà, forse nasconde

una volontà di evitare (o più tristemente una incapacità di operare) una riflessione più generale sulla qualità della legislazione della cosa pubblica (ma non solo) che è stata vittima di un tumultuoso susseguirsi di interventi (dichiaratamente di semplificazione, ma effettivamente di confusione) molti dei quali pensati e strutturati non sulla base di una riflessione di sistema, ma sull'onda dell'emotività emergenziale. Questo evidentemente a danno della stessa efficacia degli interventi normativi.

3. E questo è accaduto anche per l'abuso d'ufficio che, come emerge con chiarezza nel volume, è stato oggetto di molteplici interventi, da ultimo quello del 1997 e del 2020, che risultano in sostanza inadeguati a cagione della carenza di una analisi sistematica a base degli interventi stessi e della considerazione di innesti, quali quello relativo al sistema delle incompatibilità, visti come una panacea di ogni male, e tramutatisi, spesso, in una stoccata paralizzante del sistema.

Ma volendo operare una prima contestualizzazione dell'intervento del 2020, non possiamo dimenticare che esso, quello relativo all'abuso d'ufficio, non può essere letto separatamente dal coevo intervento in materia di responsabilità amministrativa. Un combinato disposto che consente di cogliere con chiarezza il clima di superficialità e, peggio ancora, di sfiducia verso il sistema istituzionale di cui entrambi sono espressione.

Ed è proprio in considerazione di tale contesto che si apprezza ancor più lo sforzo ricostruttivo operato dall'Autore che addirittura in conclusione formula una sua proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020 che esprime una equilibrata visione sistemica del fenomeno amministrativo.

4. Ed è appunto da questo elemento che vorrei prendere le mosse.

Rispetto al testo attualmente in vigore gli interventi emendativi proposti dall'Autore, che evidentemente esprimono l'anima del conoscitore delle pubbliche amministrazioni e che, invece, è incerto negli interventi riformatori che ci siamo visti piombare sui tavoli e che con difficoltà abbiamo collocato nei nostri libri, riguardano la prima parte della fattispecie incriminatrice

*«salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in DIRETTA, violazione di legge o di atti aventi forza di legge dai quali non residuino margini di discrezionalità, CON ATTI O PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI NULLI O ILLEGITTIMI PER VIOLAZIONE DI LEGGE, O VIOLANDO IL DOVERE DI PROVVEDERE, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio (...) intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto (...).*

*NON INTEGRANO IL REATO DI ABUSO DI UFFICIO LA VIOLAZIONE DI LEGGE INDIRETTA E MEDIATA, QUELLA CHE CON-*

*SISTE NELLA VIOLAZIONE DI PRINCIPI GIURIDICI, DI PRINCIPI COSTITUZIONALI, DI ECCESSO DI POTERE E DI NORME PROCEDIMENTALI E FORMALI. L'INTENZIONALITA' DEL DOLO NON PUÒ ESSERE DESUNTA DAGLI ALTRI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE PENALE ASTRATTA, MA DEVE ESSERE OGGETTO DI PROVA DIRETTA».*

Poche righe che esprimono la doppia anima dell'Autore che emerge poi nel corso dell'analisi in cui con le lenti e le competenze dell'amministrativista vengono esaminate, quasi al microscopio, le singole componenti della fattispecie penale, evidenziandone nel dettaglio criticità e impatto che esse avranno sulla concreta operatività della fattispecie, seguendo uno sforzo ricostruttivo che in concreto è l'elemento che consentirebbe di dare concretezza (amministrativistica) all'operato del giudice penale, e limiterebbe quella aleatorietà del perimetro nel quale la scure dell'inquisitore potrebbe abbattersi.

5. Il primo elemento che viene subito in rilievo è rappresentato dalla eliminazione del richiamo alle «*specifiche regole di condotta*» che, come fa notare l'Autore è evidentemente un ossimoro che trova origine in un uso colloquiale invalso anche nel linguaggio giornalistico ma che non ne legittima comunque la trasposizione in una fattispecie astratta.

E così nella proposta troviamo il richiamo alla legge e agli atti aventi forza di legge evitando di far accertare al giudice un elemento normativo, secondo la logica della presupposizione, che trasformerebbe l'art. 323 c.p. in una norma penale in bianco che, evidentemente, non poco impatterebbe sulla paura della firma, come del resto già è stato e rispetto alla quale si cercano rimedi ricorrendo ad interventi plastici sull'elemento soggettivo.

E su questo l'analisi condotta nel testo fornisce un valido supporto per chiarire nel dettaglio, mi sia consentita la battuta, con una declinazione del particolare che è propria degli amministrativisti, le diverse ipotesi che possono profilarsi.

Stando al testo del nuovo art. 323 c.p. esorbiterebbero dal campo di applicazione le regole meramente procedurali o strumentali alla mera regolarità. Una specificazione che però allontana la norma dall'obiettivo che si prefiggeva, e questo perché la stessa formulazione non è tale da valorizzare quel nesso di rischio tra regola procedimentale e danno ingiusto.

La formulazione, che l'Autore non a caso va a correggere, si presta a valorizzare anche l'inosservanza di regole neutre rispetto al disvalore tipico dell'evento. Si pensi alle regole organizzative, cioè quelle regole relative alla disciplina del servizio e della funzione rispetto alle quali è difficile definirne una rilevanza causale rispetto all'ingiusto vantaggio o al danno ingiusto, incidendo esse più sulla appropriatezza (dell'organizzazione e dell'esercizio della funzione) che, come

sappiamo entra e rileva con riferimento a ben altro profilo di responsabilità del pubblico funzionario.

E anche in questo ambito ben si coglie come la valorizzazione nel contesto penale di una norma, di una regola di per sé neutra, non allontana ma alimenta la paura della firma deviando l'intervento normativo dal suo stesso fine primario.

Un discorso che evidentemente non può prescindere dal considerare, per una corretta lettura dell'intervento, il valore della disposizione costituzionale cui viene attribuita evidentemente una precettività diretta rispetto alle quali l'Autore nella sua analisi ne evidenzia le numerose criticità sottolineando come, muovendo proprio dalle direttrici di ricerca del costituzionalismo moderno, i principi costituzionali non possono essere posti a base di una fattispecie penale, perché la loro struttura normativa non consente di poterli utilizzare per ricostruire una fattispecie tipica e tassativa.

E lo stesso a dirsi per le fonti secondarie, e a maggior ragione per la *soft law* rispetto alla quale molto vi sarebbe da dire. Una sorta di *escamotage* regolatorio che, grazie alla fuga dagli schemi formali sulla produzione del diritto, consente la riproduzione di nuove edizioni del precetto, che in questo caso è il penale, con una velocità in grado di disintegrare qualsiasi tentativo di consolidamento della certezza del diritto e, dunque, in totale spregio del paradigma della riconoscibilità. E nonostante la chiara enunciazione del testo riformato in relazione alla "fonte" la VI sezione della Cassazione Penale nella sentenza 16 febbraio 2021, n. 33240 ha sottolineato che «*anche a seguito della riformulazione del reato di abuso di ufficio ad opera dell'art. 23, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. nella legge 11 settembre 2020, n. 120, ai fini della integrazione del reato, la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purché questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale*».

E in questo coglie nel segno, a mio avviso, la sferzante critica mossa dall'Autore sulle conoscenze sottese alla formulazione normativa.

6. Ma colgono nel segno anche le critiche mosse al richiamo alla discrezionalità in cui l'Autore spazia dall'attività vincolata all'attività discrezionale, nelle sue molteplici declinazioni fino, aggiungerei, all'ipotesi di discrezionalità esaurita.

Senza entrare nel dettaglio, è evidente che la formulazione della norma renderà ancor più complesso il dipanarsi della matassa dell'attività amministrativa, soprattutto se si considera che il tutto è demandato a un plesso giurisdizionale che non è aduso ad operare con la concettuologia propria del diritto amministrativo, soprattutto nelle sue più recenti evoluzioni in senso sostanzialista, che ben potrebbero essere considerate preludio, o ulteriore alimento, se consideriamo la giurisprudenza affermatasi negli ultimi anni, di una modalità operativa che tende a sanzionare il mancato raggiungimento di un risultato appropriato perdendo

di vista quello che è, o dovrebbe essere, il nucleo della fattispecie penalmente rilevante.

Ricordo a me stessa il complesso dibattito che si era articolato attorno alla precedente formulazione della norma, e in particolare alla distinzione tra discrezionalità e merito il cui controllo non può certo implicare un giudizio di liceità della condotta che certamente non può tramutarsi in un controllo di merito in cui, attraverso un ondivago sconfinamento nel controllo del merito della scelta operata dall'amministrazione secondo una valutazione addirittura *ex post* della sua efficacia, il giudizio di liceità della condotta – l'accertamento dell'abuso – non ha riguardato il modo di atteggiarsi della funzione pubblica, e quindi *«le modalità di formazione dell'atto, il suo nascere obbedendo a una causa privata, anziché pubblica»*.

Una distinzione, per noi sacra, quella tra merito e discrezionalità, ma non altrettanto sacra per il giudice penale che, attraverso un giudizio a ritroso, ha preso l'abitudine di focalizzare l'attenzione, come dicevo, sul risultato della scelta amministrativa, soprattutto se consistente in provvedimenti amministrativi fissativi di direttive cautelari, dimenticando forse la grammatica del diritto penale, ma qui mi rimetto alle valutazioni dei colleghi che ne fanno certamente più di me, e quindi la necessità di fissare l'attenzione sul momento genetico della scelta stessa, facendo così rientrare nel vizio di violazione di legge anche la cosiddetta "frustrazione del fine perseguito" dalla normativa di riferimento, forzando, o spazzando via il perimetro della fattispecie incriminatrice, fino a farvi rientrare addirittura ipotesi in cui il sindacato *ex post* della scelta dell'amministrazione è stato ammesso anche in assenza di una reale difformità delle modalità di esercizio del potere discrezionale rispetto alla fattispecie legale attributiva del potere.

Ma è indubbio, e questo è un profilo di criticità che emerge con chiarezza nel volume dell'amico Perongini, che il tentativo di sterilizzazione della norma sull'abuso operato attraverso il richiamo all'assenza di discrezionalità non contribuisce a risolvere questo problema anzi per certi versi lo amplia poiché la formulazione general generica utilizzata all'interno della norma stenta a coniugarsi con i concetti propri dell'azione amministrativa e del diritto amministrativo in generale.

Una situazione che si complica ulteriormente se si considera il flebile confine con il sindacato sull'eccesso di potere.

E in realtà, all'indomani della riforma, parte della giurisprudenza sembra non valorizzare la formulazione letterale della disposizione, mantenendo il sindacato sull'eccesso di potere, almeno nella sua accezione di violazione dei limiti esterni alla discrezionalità.

Infatti, in una recente decisione della Cassazione, VI, 8 gennaio 2021, n. 442, viene richiamata ancora "la discrezionalità". Si legge infatti *«nel caso in cui l'esercizio del potere trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dei fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni alla discrezionalità»*. Sembra che la giurisprudenza abbia voluto, pur di conservare un margine di sindacato sulla

discrezionalità, operare un distinguo e ritenere censurabile la discrezionalità, quanto meno nei suoi limiti esterni, facendo venire meno il sindacato sui limiti interni, consistenti nel «mero cattivo uso» del potere.

Ma è indubbio, e questo è un profilo di criticità che emerge con chiarezza nel volume, che il tentativo di sterilizzazione della norma sull'abuso operato attraverso il richiamo all'assenza di discrezionalità non contribuisce a risolvere questo problema anzi per certi versi lo amplia poiché la formulazione general-generica utilizzata all'interno della norma stenta a coniugarsi con i concetti propri dell'azione amministrativa e del diritto amministrativo in generale.

Sul punto giova segnalare anche una recente pronuncia della Corte di cassazione che ha ritenuto configurabile il delitto di abuso d'ufficio, così come riformulato a seguito della modifica legislativa, «*non solo nel caso in cui la violazione di una specifica regola di condotta è connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto dalla legge come del tutto vincolato, ma anche nei casi in cui l'inosservanza della regola di condotta sia collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio*» (Cass. Pen, VI, 28 gennaio 2021, n. 8057). Dunque, una rilevanza di quello che noi individuiamo come l'autovincolo dell'amministrazione.

Una impostazione che non è stata abbandonata neanche in una decisione in materia di corruzione propria, nella quale la VI sez. della Cassazione penale (10 novembre 2020, n. 1594) ha rilevato che «*l'inserimento del patto corruttivo nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale non implica necessariamente l'integrazione dell'ipotesi del 319 dovendosi verificare se l'atto sia stato posto in essere in violazione delle regole che disciplinano il potere discrezionale e se il pubblico agente abbia pregiudizialmente inteso realizzare l'interesse del privato corruttore*».

*L'atto discrezionale ed il comportamento sottostante sono contrari ai doveri di ufficio nei casi in cui siano state violate le regole sull'esercizio del potere discrezionale o ne siano stati consapevolmente alterati i fondamentali canoni di esercizio in vantaggio del corruttore».*

Se si considerano le pronunce richiamate, si può ragionevole affermare che i giudici di legittimità, non aderiscono a un'interpretazione letterale della disposizione, ma, applicando anche schemi tramontati (e su questo è chiara la sferzata dell'Autore) ne estendono l'ambito di applicazione anche a quei casi che siano espressione di scelte contrarie allo spirito che deve muovere l'azione amministrativa. Una vicenda non nuova. Basti pensare alle sentenze della Cassazione sul sindacato sulla discrezionalità tecnica per cogliere come in alcuni casi gli schemi applicati escono da volumi del passato.

La norma, nel testo del 2020, come rammentato dispone che l'abuso può essere contestato ove «*non residuino margini di discrezionalità*», con l'intento dichiarato di delimitarne le condotte suscettibili di integrare l'abuso d'ufficio espungendo l'eccesso di potere.

Un tentativo che, si legge nel volume, non è «una garanzia inviolabile». E ciò in quanto «la patologia in perpetuo movimento», l'eccesso di potere, incrementata dall'attività ermeneutica del giudice amministrativo continua, per una non condivisibile *vis expansiva* della fattispecie penale.

Ma, avverte Sergio Perongini, nel ripercorrerne l'evoluzione rispetto all'abuso, o meglio nel confronto tra fattispecie penale – e interesse protetto in questo caso – ed eccesso di potere, risulta complesso nell'ambito dei confini di quest'ultimo individuare «dove si possa annidare l'arbitrio o l'uso distorto del potere».

Fatta eccezione per i casi estremi, in cui il funzionario favorisca un proprio parente o amico o un «privato che gli abbia consegnato denaro o altra utilità», rileva l'Autore come sia pericoloso, e scorretto, identificare il margine di operatività della fattispecie penale e ciò in quanto, e non potrebbe essere altrimenti, nel contesto di un comportamento amministrativo (astrattamente corretto) di ponderazione comparativa degli interessi, la individuazione della rosa di scelte possibili, nonché la scelta tra di esse non può essere considerata come terreno per l'abuso attraverso una inopportuna e inappropriata equivalenza tra merito, scelta tra le soluzioni possibili (ed equivalenti) di quella ritenuta più opportuna, efficacia della scelta e, dunque, mancato raggiungimento del risultato ritenuto (*ex post*) ottimale e abuso, o ancora, attraverso una immotivata coincidenza tra invalidità dell'atto e illiceità del comportamento.

Due categorie pericolosamente confuse, o meglio sovrapposte, nel tentativo di offrire una cura ai fenomeni di *maladministration*.

Una identificazione che, evidentemente, forza quel rapporto di presupposizione che solo in ipotesi potrebbe esserci tra le due diverse categorie logico-giuridiche, essendo innegabile che un comportamento legittimo, che porta alla adozione di un atto formalmente legittimo, possa nascondere una fattispecie di reato.

Una lettura per la definizione dei confini che non è agevolata, dunque, dalla nuova formulazione della norma che, come già rammentato, sostituisce la formula previgente con un richiamo a «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge o dalle quali non residuino margini di discrezionalità». E ciò non solo per la definizione della portata della locuzione *regole di condotta* e per la non effettiva limitazione alle norme di rango primario, secondo quanto si è già avuto modo di ricordare, ma anche per il richiamo alla discrezionalità che riporta, evidentemente, alla questione dell'eccesso di potere, essendo chiaro che non ci si possa limitare alle sole ipotesi di attività vincolata.

E in questo senso, certamente la questione della individuazione dei confini si fa più complessa con riferimento alla discrezionalità tecnica rispetto alla quale la opinabilità insita nella regola tecnica di accertamento del fatto rappresenta un ulteriore elemento di complicazione e, soprattutto, uno spazio entro il quale il giudice ordinario potrebbe estendere il proprio sindacato, soprattutto se si considera il fatto che sul lato del giudizio amministrativo stenta comunque ad

affermarsi una tipologia di sindacato che superi i confini del sindacato estrinseco, in favore di forme più penetranti di controllo, pur senza arrivare alla sostituzione della scelta operata dall'amministrazione.

7. Sul punto, nella prospettiva della identificazione dei confini tra i due ambiti, non può prescindersi dal considerare, come sottolineava Ledda, che la determinazione discrezionale è una «domanda di diritto», ma, «*appunto perché si tratta di una domanda di diritto, (...) siamo indotti a pensare che la stessa risposta possa e debba essere assoggettata a un esame critico secondo i canoni e procedimenti che dal diritto sono a tal fine preordinati*», ma in realtà è proprio la comparazione tra interessi ad escludere che possa operarsi un diretto controllo giuridico, non rispondendo la determinazione discrezionale al solo concetto di applicazione della legge.

E così non è possibile, richiamando la metafora di Dworkin citata dallo stesso Ledda, analizzare il “buco della ciambella” utilizzando gli stessi criteri che si usano per analizzare l'area circostante che lo delimita.

Uno spazio all'interno del quale si innesta un processo interpretativo che non si limita, e non potrebbe necessariamente limitarsi, alla sola interpretazione della norma, ma anche del fatto, come via, funzione per la soluzione del problema amministrativo. Problema rispetto al quale la scelta tra più soluzioni possibili, e a monte l'iter logico che ne ha portato alla individuazione, deve contenersi entro i limiti della ragionevolezza da valutarsi nei confini definiti dai soggetti nel cui disponibilità si trova il problema amministrativo.

E così, come per il giudice amministrativo, è da escludersi che questi possa ricostruire il contesto fattuale e anche normativo nel quale si inserisce il problema normativo al di fuori delle prospettazioni avanzate dall'amministrazione e dalle stesse parti nel contesto della dinamica del procedimento e poi del processo, e cioè di coloro che, per usare le parole di Ledda, possono *disporre nel giudizio del problema* che coinvolge i loro interessi.

In questo contesto il *problema amministrativo* non può che confluire secondo la prospettiva fatta dalla parte, nel *problema del giudice* e da questi essere esaminato secondo un metodo che non può essere circoscritto al formalismo dogmatico e non può prendere atto del crollo dei postulati delle scienze esatte, rivolgendo lo sguardo verso una *confutazione* della complessità che non vede, dunque, una *sostituzione* della valutazione operata con riferimento al caso singolo, ma una sua critica in termini di ragionevolezza e, dunque, una confutazione operata in termini di rilevanza nel percorso della definizione della soluzione al problema amministrativo, senza che ciò comporti una *indebita modificazione nell'ordine dei ruoli istituzionali*. Una linea, dunque, che se da un lato tendesse a superare la riserva di amministrazione, dovrebbe evitare che questo spazio non sia confutato dal giudice amministrativo ma, secondo parametri e logiche costruttive e ricostruttive diverse dal giudice penale.

8. Dunque, è evidente come il fine avuto di mira che può essere individuato nel tentativo di ridurre il raggio d'azione dell'abuso d'ufficio, non certo può dirsi raggiunto. Senza poi sottacere l'evidente discrasia tra questo tentativo di restringimento di condotte penalmente rilevanti nella cornice di reati contro la pubblica amministrazione con l'indirizzo del pugno duro precedentemente adottato con l'intervento "spazzacorrotti".

Una idiosincrasia che si registra anche con riferimento al danno erariale per la quale la novella ha previsto che *«la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»*, con la conseguenza che occorrerà provare che oggetto di volontà dell'agente sia il danno e non solo la mera condotta. Limitazione di responsabilità che non si applica ai danni causati da omissione o inerzia del soggetto agente secondo una *ratio* che richiede che vada perseguito con maggiore severità chi non agisce per inerzia o negligenza, bloccando la spesa pubblica e l'apertura dei cantieri, rispetto a chi compie azioni anche se con errori formali.

Ma in realtà, se riflettiamo sul concetto di colpa grave il quadro che ne emerge anche in questo caso non è certamente positivo.

Basti pensare alla sentenza 3 ottobre 2018, n. 502 della Sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei conti nella quale espressamente si specifica che *«la colpa grave va intesa come trascuratezza dei propri doveri istituzionali da parte del dipendente pubblico, sostanziandosi in condotte negligenti, imperite, imprudenti, superficiali o noncuranti, in relazione all'applicazione di discipline normative. Essa va rapportata anche all'assetto funzionale organizzativo dell'amministrazione ove l'agente abbia commesso il fatto fonte di danno pubblico. La gravità della colpa va parametrata, poi, a plurimi fattori dovendosi tener conto della conoscibilità, prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo»*.

Le sezioni regionali della Corte hanno identificato l'elemento soggettivo della colpa grave con l'*«intensa negligenza»*, la *«sprezzante trascuratezza dei propri doveri»*, l'*«atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni»*, la *«macroscopica violazione delle norme»*, il *«comportamento che denoti dispregio delle comuni regole di prudenza»*.

Ora è possibile ipotizzare che all'ordinamento sia davvero concesso di accettare che l'operato dei propri dipendenti sia negligente, imperito, imprudente, senza alcuna conseguenza? Ma, non sono queste condizioni chiara ed evidente fonte di responsabilità non solo erariale, ma anche civile e disciplinare? E come è ammissibile l'esonero da responsabilità contabile se l'azione imperita e negligente (di per sé meritevole di conseguenze sul piano disciplinare e civile) abbia portato ad un danno all'erario?

A fronte di requisiti molto stringenti per configurare una colpa grave (fattispecie di intensa negligenza, sprezzante trascuratezza dei propri doveri, grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni) l'eliminazione della colpa grave, come la stessa riformulazione della fattispecie dell'abuso d'ufficio, non accelerano l'azione amministrativa e non eliminano la paura della firma che

andrebbe piuttosto combattuta rendendo più chiare e meno farraginose le leggi. Evitando, così, di rischiare di rendere penalmente irrilevanti violazioni anche gravi, con il rischio di una grave deresponsabilizzazione della Pubblica amministrazione, con possibili contorni criminogeni.

In altri termini, le varie politiche di “azione” (semplificazione, depenalizzazione, e chi ne ha più ne metta) dovrebbero seguire uno schema sistematico di fondo, esprimere una cultura del sistema, evitando che un elenco più o meno ordinato di tagli (o meglio di sfalci) normativi, assieme ai tagli effettuati sotto l’insegna del contenimento della spesa producano più disfunzioni che miglioramenti. E così per evitare il blocco dell’azione amministrativa e conseguentemente della spesa pubblica, la soluzione non può certamente essere un veloce colpo di spugna al sistema penale, idoneo solo a facilitare l’operato criminale dei dipendenti pubblici corrotti.

Appare invece necessario un quadro normativo settoriale chiaro, semplice, per garantire effettività a quel principio di certezza, riferito all’azione dell’amministrazione, alla sua prevedibilità, e alla stessa decisione.

E in questo il libro di Sergio Perongini offre preziosi spunti di riflessione e potrebbe essere un utile strumento per il legislatore.



*Note sugli autori:*

Valeria Rita Aversano

*Segretario generale del Comune di Fontevivo e Varano de' Melegari (Parma)*

Felice Blando

*Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Palermo*

Dario Capotorto

*Avvocato – Professore a contratto di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Cassino*

Marco Cecili

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso la LUISS Guido Carli*

Marco Galdi

*Professore associato di Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Salerno*

Sila Gardini

*Ricercatrice di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro*

Loredana Giani

*Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Europea di Roma*

Chiara Gioè

*Ricercatrice di Diritto tributario presso l'Università degli Studi di Palermo*

Valentina Giomi

*Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Pisa*

Laura Lorello

*Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo*

Vincenzo Mitra

*Dottore in giurisprudenza*

Clara Napolitano

*Ricercatrice di Diritto amministrativo presso l'Università del Salento*

Anton Giulio Pietrosanti

*Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Fabio Saitta

*Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro*

Fabrizio Tigano

*Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Messina*

Giuseppe Tropea

*Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria*

### Criteria di giudizio

I referee, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione nel merito delle tesi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione i seguenti criteri: la rilevanza del tema, l'originalità della trattazione, la chiarezza e la coerenza dell'analisi critica, la conoscenza delle fonti pertinenti e della letteratura anche straniera più rilevante sul tema. A tal fine, a ciascun referee è inviata, assieme al contributo, una scheda per la valutazione. Il referee esprime la propria valutazione inviando la scheda compilata all'indirizzo e-mail della Rivista, entro il termine massimo di trenta giorni.

### Esito del giudizio

Il referee può ritenere il contributo pubblicabile o non pubblicabile, oppure pubblicabile con modifiche. L'esito è comunicato in via riservata all'autore, che deve tenere conto delle eventuali richieste di modifica.

Qualora uno soltanto dei due referee ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dalla Direzione.

### NORME REDAZIONALI

I lavori proposti e accettati dalla Rivista devono essere originali, non pubblicati né sottoposti ad altre riviste, collane o singoli volumi nazionali, e devono essere inviati al seguente indirizzo: [redazione@nuoveautonomie.it](mailto:redazione@nuoveautonomie.it).

La lunghezza dei contributi non deve superare preferibilmente 80.000 caratteri (spazi inclusi).

Il testo di ciascun contributo deve essere preceduto da un indice sommario (carattere 10) e suddiviso in paragrafi numerati. Il titolo deve essere in carattere tondo, mentre quello dei paragrafi deve essere in carattere corsivo. Eventualmente i paragrafi possono essere suddivisi in sezioni distinte con doppio numero (1.1.; 1.2.). Il titolo deve essere centrato in carattere tondo, Palatino 12. Per il testo deve essere usato lo stesso carattere, per le note il carattere 10. Alla fine deve essere inserito un breve abstract (carattere 12), in italiano e in inglese (comprensivo di titolo).

Per le citazioni vanno osservati i seguenti criteri:

Per la legislazione si deve indicare, la prima volta, il provvedimento per esteso, completo di data e numero (es. legge 7 agosto 1990, n. 241); in seguito, lo stesso provvedimento deve essere indicato in forma abbreviata (es. l. n. 241/1990).

Per la giurisprudenza i provvedimenti devono essere indicati, la prima volta, con l'indicazione per esteso dell'organo giudicante, del tipo, della data e del numero (es. Corte costituzionale 27 aprile 2007, n. 140; Corte di cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500; Consiglio di Stato, ad. plen. 12 aprile 2016, n. 7); in seguito, lo stesso provvedimento deve essere indicato in forma abbreviata (es. Corte cost. n. 140/2007; Cass. n. 500/1999; Cons. St. n. 7/2016).

Per la dottrina le monografie devono essere citate, con il cognome dell'autore, preceduto dall'iniziale del nome in maiuscolo, il titolo completo dell'opera in corsivo, il luogo e l'anno di pubblicazione e il numero della pagina di riferimento in carattere tondo (es. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969, 20, ripubblicato in *Giovanni Marongiu. La democrazia come problema*, vol. I, tomo I, Bologna, 1994, 229 ss.). Gli scritti contenuti in opere collettive devono essere citati con l'indicazione dell'opera di cui fanno parte secondo i seguenti criteri: titolo completo dell'opera in corsivo, indicazione "a cura di", seguito dall'iniziale del nome e dal cognome del curatore anch'esso in maiuscolo, luogo e anno di pubblicazione e numero della pagina di riferimento in carattere tondo; gli articoli in riviste devono essere citati con indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, della rivista, dell'anno di pubblicazione e del numero della pagina di riferimento (es. S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898, 238, ripubblicato in *Santi Romano. Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, vol. II, Milano, 1950, 75 ss.). Se si tratta di riviste on-line deve essere indicata la home page della rivista (es. [www.nuoveautonomie.it](http://www.nuoveautonomie.it)). Citando la stessa opera per la seconda volta deve essere indicato l'autore e le parole del titolo seguito dall'abbreviazione "cit.". Le note vanno inserite a piè di pagina.

Unitamente al contributo gli autori devono comunicare per e-mail la propria qualifica ed un recapito telefonico.

Le bozze devono essere restituite dagli autori improrogabilmente entro 4 giorni lavorativi dall'invio a mezzo posta elettronica, dopodiché si procederà alla pubblicazione del testo a disposizione della Rivista.

*Direzione*

Maria Immordino (*Direttore responsabile*)

Guido Corso, Giuseppe Verde, Mario Rosario Spasiano, Alberto Zito  
Marco Ruotolo, Cecilia Corsi, Marcello Cecchetti, Loredana Giani

*Comitato scientifico*

Adriana Apostoli, Francesco Astone, Francisco Balaguer Callejòn, Angela Costaldello, Carlos Balbín, Carlos Botassi, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Agatino Cariola, Maria Teresa Carballeira Rivera, Ana M. Carmona Contreras, Sabino Cassese, Josep Maria Castellà Andreu, Maria Cristina Cavallaro, Giovanna Colombini, Giandomenico Comporti, Alfredo Contieri, Maria De Benedetto, Rosanna De Nictolis, Thierry Di Manno, Marina D'Orsogna, Enrico Follieri, Fabrizio Fracchia, Fabio Francario, Gabriella De Giorgi Cezzi, Diana Urania Galetta, Marcella Gola, Guido Greco, Roberta Lombardi, Laura Lorello, Fabrizio Luciani, Francesco Manganaro, Alessandro Mangia, Stelio Mangiameli, José Luiz Martinez Lopez Muñiz, Giuseppe Martinico, Roberto Mastroianni, Marco Mazzamuto, Fabio Merusi, Mario Midiri, Jacquelin Morand-Deviller, Antonino Paolantonio, Simone Pajno, Giuseppe Piperata, Giovanni Pitruzzella, Aristide Police, Pier Luigi Portaluri, Salvatore Raimondi, Mauro Renna, Angelo Rinella, Guido Rivosecchi, Anna Romeo, Antonio Ruggeri, Ilenia Ruggiu, Fabio Saitta, Carmela Salazar, Maria Alessandra Sandulli, Franco Gaetano Scoca, Giovanni Serges, Antonella Sciortino, Andrea Simoncini, Massimo Starita, Antonello Tancredi, Giovanni Tarli Barbieri, Fabrizio Tiganò, Vincenzo Tondi Della Mura, Bruno Tonoletti, Jacques Ziller.

*Coordinatori della redazione*

Marco Calabrò, Stefano Catalano, Elisa Cavasino, Cristiano Celone, Nicola Gullo, Giovanna Pistorio, Anna Simonati.

*Comitato di redazione*

Barbara Accettura, Marco Armanno, Felice Blando, Tommaso Bonetti, Vinicio Brigante, Dario Capotorto, Marta Caredda, Giovanni Cocozza, Simona D'Antonio, Marica D'Arienzo, Luciana De Grazia, Fortunato Gambardella, Edoardo Giardino, Annarita Iacopino, Lorenzo Madau, Vanessa Manzetti, Giovanna Mastrodonato, Clara Napolitano, Giuseppe Andrea Primerano, Paolo Provenzano, Marco Ragusa, Paola Savona, Caterina Ventimiglia, Stefano Villamena, Francesco Zammartino.

*Editore*

Editoriale Scientifica srl  
Via San Biagio dei Librai 39 – 80138 Napoli  
tel/fax 081/5800459  
info@editorialescientifica.com  
www.editorialescientifica.com

*Direzione Redazione Amministrazione*

c/o Editoriale Scientifica srl

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli

Abbonamento 2021: Italia Euro 150,00 – Estero Euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Palermo n. 23 dell'11.09.1992