

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXI – Nuova serie  
N.2/2022 (maggio-agosto)

## INDICE

### SAGGI

FRANCESCO MANGANARO

*Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato* 387

ANTONIO RUGGERI

*I diritti fondamentali, fra riconoscimento normativo ed effettività della tutela* 405

GIUSEPPE TROPEA

*Norme tecniche e soft law* 425

EDOARDO GIARDINO

*Perplexità decisionale e intellegibilità del potere* 449

CHIARA GIOÈ

*Sulla nuova conciliazione su proposta del giudice tributario* 485

RENATA PEPE	<i>La funzione epistemica del procedimento e la garanzia di correttezza delle decisioni amministrative</i>	499
GIULIA TORTA	<i>L'interesse pubblico tra politica e amministrazione: il caso dell'obbligo vaccinale durante la pandemia</i>	529
NICOLA BRIGNOLI	<i>Il problema dei problemi: emergenza e ordinamento giuridico. Spunti sui risvolti ordinamentali dell'emergenza pandemica da Covid-19</i>	549
ALESSANDRO FRICANO	<i>La flessibilità degli esecutivi tra tecnica e politica: «Sentinella, quanto resta della notte?»</i>	583

## LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA

FRANCESCO ZAMMARTINO	<i>Ancora una fumata nera sulla legittimazione attiva del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione. (Noterelle a margine dell'ordinanza n. 15 del 2022 della Corte costituzionale)</i>	607
FEDERICO FRANCESCO GUZZI	<i>Effettività della tutela e termini per il ricorso giurisdizionale</i>	621
LAURA MACCARRONE	<i>Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni intorno alla città metropolitana anche alla luce della sentenza n. 240/2021 della Corte costituzionale</i>	645
RICCARDO D'ERCOLE	<i>Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico ai tempi del Covid-19: orientamenti contrapposti</i>	667

## L'ANGOLO DELLE LIBERTÀ

PIER LUIGI PORTALURI	<i>Lichtung und lichtmenschen. Il diritto del selvaggio totalmente altro</i>	695
----------------------	--	-----

ANNA SIMONATI

*La 'cittadinanza di genere': le nuove frontiere dell'uguaglianza fra uomini e donne*

705

## RECENSIONI

LAURA LORELLO

*Recensione del volume "Lidia e altre. Pari opportunità ieri e oggi: l'eredità di Lidia Poët", di Chiara Viale, Milano 2022*

719



*Saggi*



# Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato\*

di Francesco Manganaro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini del dibattito sulla questione meridionale. – 3. Dall'Unità alla Cassa per il Mezzogiorno. – 4. La questione meridionale come questione nazionale nel PNRR. – 5. L'effettiva attuazione del PNRR. – 6. Divari di cittadinanza e regionalismo differenziato

## 1. Premessa

La proficua opera scientifica della Maestra che onoriamo ha, in più periodi, approfondito, tra gli altri, il tema delle autonomie territoriali, con una peculiare attenzione al regionalismo differenziato<sup>1</sup>. Ciò che si può cogliere, al netto delle rilevanti opinioni giuridiche su questo tema, è la passione civile con cui Maria Immordino tratta la questione, senza mai indugiare in narrazioni estremistiche, ma allo stesso tempo riaffermando le specificità territoriali, sempre in un contesto unitario.

Le esigenze di coesione territoriale, in un periodo in cui riemergono le questioni relative al regionalismo differenziato<sup>2</sup>, ben possono essere oggetto di alcune osservazioni, a partire dalla “questione meridionale”, così come declinata nei molteplici studi sul tema ed alla luce degli eventi politico-amministrativi che l'hanno caratterizzata.

Che non si tratti di una questione superata è evidente nel recente Piano nazionale di ripresa e resilienza, ove la riduzione del divario di cittadinanza è una delle tre priorità trasversali alle sei Missioni. Tale questione si pone nel più

---

\* Il presente lavoro, dedicato agli Scritti per Maria Immordino, è stato ampiamente rivisto ed integrato per le novità nel frattempo intervenute.

<sup>1</sup> M. IMMORDINO, *L'autonomia regionale alla luce del regionalismo differenziato nel pensiero di Luciano Vandelli*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 45 -51; M. IMMORDINO, *La specialità regionale nella prospettiva del regionalismo differenziato* (con N. Gullo), in *Diritto amministrativo e società civile, Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco*, Vol. III, Problemi e prospettive, Bologna, 2020, 37 ss.; M. IMMORDINO, *Presentazione*, in *Atti del convegno Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, a cura di M. IMMORDINO, G. MOSCHELLA, G. ARMAO, Napoli, 2021, 9-15; M. IMMORDINO, *Introduzione. Verso quale specialità?*, in *Atti del convegno internazionale Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, a cura di M. IMMORDINO, N. GULLO, G. ARMAO, Napoli, 2021.

<sup>2</sup> Per il mio pensiero su questo punto, rinvio a: F. MANGANARO, *Decentramento statale ed autonomie territoriali al tempo del regionalismo differenziato*, in *Diritto amministrativo e società civile, III – Problemi e prospettive*, a cura di N. AICARDI, G. CALA, M. DUGATO, M. GOLLA, A. LOLLI, Bologna, 2020, 67 ss. e più di recente, F. MANGANARO, *Regionalismo differenziato: dove eravamo rimasti?*, in *www.astrid-online.it*, 9, 2022.

ampio ambito legato alla necessità della coesione sociale, economica e territoriale prevista dall'Unione europea nel *Next Generation EU* (considerando nn. 2 e 3 del Regolamento (UE) 2021/241).

Si può, perciò, leggere la trama del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza alla luce dello sviluppo della questione meridionale e delle alterne vicende relative al regionalismo differenziato.

## 2. *Le origini del dibattito sulla questione meridionale*

La questione meridionale si ripresenta oggi in tutta la sua rilevanza, nell'ambito di una complessiva crisi socio-economica, resa più evidente dalla pandemia ed ora dalla guerra in Ucraina. Ma l'attualità della vicenda va invero compresa alla luce di una storia che si dipana dal tempo dell'Unità d'Italia, diventando oggetto di un ampio dibattito politico istituzionale, che qui brevemente si rappresenta nei suoi tratti salienti.

Le *Lettere meridionali* di Pasquale Villari sono considerate l'atto di nascita del meridionalismo liberale<sup>3</sup>, in cui, per la prima volta, la questione meridionale viene posta come problema sociale e non come materia criminale. La tesi fondamentale di Villari è che non sia sufficiente l'attività repressiva dei fenomeni devianti, ma che sia indispensabile uno sviluppo economico, realizzabile attraverso una riforma agraria. La crescita del Mezzogiorno, per Villari, non è legata a nuove opere pubbliche poiché «i lavori pubblici adoperarono per un momento alcune braccia, ma non crearono un'industria né una borghesia nuova»<sup>4</sup>, quanto piuttosto al necessario miglioramento delle condizioni dei contadini, non solo meridionali. Per questo è necessaria la modifica dei patti agrari, prevedendo nuove forme contrattuali che annullino «alcune condizioni assolutamente ingiuste e dannose»<sup>5</sup>. Villari ritiene che la riforma agraria possa essere realizzata da quella stessa borghesia che ha fatto il Risorgimento, come era accaduto nel Regno Unito per la riforma agraria in Irlanda. Questo auspicio non si realizzerà per il cieco egoismo economico – denunciato poi dallo stesso Villari – di un latifondismo meridionale coniugato con la borghesia industriale del Nord, che insieme preferiscono non modificare le condizioni dei contadini meridionali. Così anche la lotta al brigantaggio, che aveva «fatto scorrere il sangue a fiumi»<sup>6</sup>, non conseguì gli effetti voluti, poiché non vennero adottate, nello stesso tempo, misure eco-

<sup>3</sup> P. VILLARI, *Le lettere meridionali e altri scritti sulla questione sociale in Italia*, II<sup>a</sup> ed., Torino, 1885.

<sup>4</sup> P. VILLARI, *Il brigantaggio*, in *Le lettere meridionali e altri scritti sulla questione sociale in Italia*, cit., 86.

<sup>5</sup> P. VILLARI, *I rimedi*, in *Le lettere meridionali e altri scritti sulla questione sociale in Italia*, cit., 67.

<sup>6</sup> P. VILLARI, *Il brigantaggio*, in *Le lettere meridionali e altri scritti sulla questione sociale in Italia*, cit., 40.

nomiche tese ad attenuare le condizioni disagiate da cui il fenomeno prendeva origine e si alimentava<sup>7</sup>.

Riprendendo la questione agraria, il principale merito di Giustino Fortunato è quello di sfatare il mito di un Meridione dai terreni fertili, condannato al sottosviluppo per l'incapacità dei suoi abitanti. Conoscendo personalmente le difficoltà della cura del territorio, Fortunato rileva che il clima ed il suolo rendono le Regioni meridionali ben più inadatte alle colture rispetto al resto del Paese, cosicché «l'antica credenza dell'*alma parens* deve essere abbandonata». Ma si farebbe torto a Giustino Fortunato se gli si attribuisse solo questo tema come oggetto dei suoi studi. La constatazione di un Mezzogiorno naturalmente povero viene accompagnata da una critica del sistema tributario per gli eccessi di tassazione del nuovo Stato nazionale sui prodotti agricoli e con un sistema doganale dannoso per l'economia meridionale; un sistema che costituisce «un tributo sulla fame»<sup>8</sup>. Fortunato è convinto, come Villari, che la borghesia italiana del Risorgimento avrebbe tenuto conto di queste differenze territoriali ed agito per modificarle, ma lui stesso poi ammette che le diseguaglianze, invece di ridursi, erano aumentate per le politiche dei governi nazionali.

Decisamente diverso e più complesso il pensiero di Gaetano Salvemini, che, nei suoi lavori giovanili, individua tre ragioni del sottosviluppo meridionale<sup>9</sup>. Innanzitutto, l'accentramento statale, che costituisce – nella visione di Salvemini – un danno non solo per il Mezzogiorno, quanto piuttosto un pericolo per l'intero Paese. Si tratta di una polemica già sollevata da Nitti, il quale tuttavia aveva contraddittoriamente sostenuto che quello stesso Stato oppressore avrebbe potuto sostenere l'economia del Mezzogiorno. Invece Salvemini, rafforzando la critica all'accentramento statale, propugna un'idea federalista, che assegna al governo centrale poche funzioni fondamentali. In secondo luogo, si ribadisce la tesi fondamentale di tutto il meridionalismo sull'oppressione economica del nuovo Stato nazionale, fondata su una imposizione fiscale da modificare, così come aveva già sostenuto Giustino Fortunato. Il terzo elemento di criticità è intrinseco al contesto socio-economico del Mezzogiorno, fondato su un latifondismo che impedisce la formazione di una moderna borghesia imprenditoriale e consente il mantenimento di una larga parte di sottoproletariato. Di fronte a questa prospettiva, Salvemini, che ritiene incapaci di novità latifondisti e borghesi meridionali, ipotizza che la classe operaia del Nord debba essere non solo alleata, ma neanche guida dei contadini meridionali, costituendo un nuovo blocco sociale tra operai del Nord e contadini del Sud. Questa ipotesi non troverà realiz-

---

<sup>7</sup> Sul fenomeno del brigantaggio: F. G. Scoca, *Il brigantaggio postunitario nel dibattito parlamentare (1861-1865)*, Napoli, 2016.

<sup>8</sup> G. FORTUNATO, *La riforma meridionale e la riforma tributaria*, in *Il Mezzogiorno e lo Stato italiano*, II, *Il Mezzogiorno e lo Stato italiano 1880-1910*, Bari, 1911, 157.

<sup>9</sup> G. SALVEMINI, *Scritti sulla questione meridionale*, Torino, 1955.

zazione anche per l'opposizione dei dirigenti settentrionali del partito socialista a cui lo stesso Salvemini apparteneva. Secondo Salvemini, decentramento e federalismo si sarebbero realizzati solo con l'introduzione del suffragio universale, che avrebbe dato nuove opportunità alle classi meno abbienti; ma quando tale modalità di voto venne introdotta da Giolitti nel 1911, lo stesso Salvemini si rese conto che il suffragio universale era diventato uno strumento di legittimazione di politiche immutabili, che mantenevano diseguaglianze storiche. Per questo, nei suoi ultimi lavori, rovesciando alla luce degli eventi alcune sue originarie convinzioni, Salvemini sostiene, senza un effettivo fondamento reale, che la crescita del proletariato contadino del Mezzogiorno può avvenire non tanto per l'alleanza con la classe operaia del Nord quanto piuttosto per un accordo con gli imprenditori settentrionali, essendo il Mezzogiorno «l'unica colonia redditizia su cui le industrie settentrionali possano fare assegnamento sicuro»<sup>10</sup> per smaltire le loro merci.

La discussione sull'autonomia del territorio e sull'alleanza tra contadini del Mezzogiorno e classe operaia settentrionale caratterizza il dibattito successivo.

Una forte autonomia regionale è la proposta di Luigi Sturzo<sup>11</sup>, che, considerate le povertà di ampia parte del popolo meridionale, ritiene che i maggiori danni siano stati creati dall'accentramento statale e da una normativa tributaria dannosa nei confronti del Mezzogiorno. La battaglia ideale per l'autonomia diventa sempre più forte nel pensiero di Sturzo. Nei primi scritti si sottolinea la necessità di un'amministrazione differenziata con «un *sobrio* decentramento regionale amministrativo e finanziario e una federalizzazione della varie regioni, che lasci intatta l'unità di regime»<sup>12</sup>. L'insuccesso di questo pensiero nella reale attuazione della politica nazionale, spinge Sturzo, ancora più degli stessi Villari e Fortunato, ad auspicare una lotta politico-sociale, una vera «guerra regionalista»<sup>13</sup>. La delusione per il mancato raggiungimento dei risultati rende più dure le idee e gli scritti: l'ostinato regionalista rimprovera le stesse organizzazioni cattoliche – a cui egli apparteneva – poiché non sono state in grado di evitare che anche i cattolici settentrionali manifestassero diffidenza verso il Mezzogiorno. Tornato dall'esilio americano, Sturzo continua la sua battaglia regionalista e plau-  
de alle iniziative di industrializzazione del Mezzogiorno degli Anni Cinquanta del Novecento, sebbene egli stesso osserverà con rammarico che, a fronte di singole iniziative, non vi era mai stata una vera politica di industrializzazione del Mezzogiorno.

<sup>10</sup> G. SALVEMINI, *Federalismo e regionalismo*, in *Scritti sulla questione meridionale*, cit., 613-614.

<sup>11</sup> L. STURZO, *Regioni e Mezzogiorno*, Roma, 1962.

<sup>12</sup> L. STURZO, *Nord e Sud. Decentramento e federalismo in Il Sole del Mezzogiorno*, 31 marzo – 1 aprile 1901, poi in *La battaglia meridionalista*, a cura di G. DE ROSA, Bari, 1979, 45.

<sup>13</sup> L. STURZO, *Pro e contro il Mezzogiorno*, in *La battaglia meridionalista* cit., 65-67.

Ancora più estrema appare la posizione di Guido Dorso<sup>14</sup>, secondo cui non è sufficiente né il federalismo né un forte regionalismo. L'ampliamento su tutto il territorio nazionale del regno sabauda è potuto avvenire per il legame creato dalla monarchia con gli industriali del nord ed i latifondisti del Sud. I partiti nazionali, anche quelli progressisti, hanno consolidato tale legame, così da non poter essere credibili portatori di un cambiamento sociale a favore del Mezzogiorno. Gli equilibri giolittiani ed il trasformismo politico hanno fatto il resto. Perciò è necessario un nuovo partito meridionale autonomo, guidato dalle stesse élite del Mezzogiorno, ma tale idea rimarrà inattuata, anche per le opinioni più prudenti di altri meridionalisti.

Una posizione diversa assume Francesco Saverio Nitti<sup>15</sup>, che indica nella mancata industrializzazione del Mezzogiorno la vera causa della sua crisi sociale. L'idea di Nitti prende spunto dall'analisi dei dati economici<sup>16</sup>, in cui dimostra che la ricchezza privata in Italia è mutata dopo l'Unità a vantaggio dell'impresa del Nord, che ha utilizzato il Sud non solo come una colonia di consumo, ma anche come una colonia politica, portatrice di voti ai grandi partiti nazionali. Per Nitti la questione meridionale non è perciò, come sostenuto da Villari e Fortunato, una questione agraria, ma invece è mancanza di una politica di industrializzazione. Il rimedio a tale situazione è la nazionalizzazione delle fonti di produzione, prima di tutto dell'energia elettrica, evento che si concretizzerà molti anni più tardi.

L'alleanza tra contadini del Mezzogiorno e proletariato del Nord viene riproposta, con altri nuovi argomenti, da Antonio Gramsci<sup>17</sup>, secondo cui bisogna ormai superare la fase del meridionalismo riformista per una più vasta operazione di liberazione sociale, nell'ambito di una totale rivoluzione nazionale. Per Gramsci la questione meridionale va posta alla classe operaia del Nord come un problema essenziale dell'intero movimento rivoluzionario, perché non ci sarà una rivoluzione nazionale senza la ribellione dei contadini del Mezzogiorno. La novità del pensiero di Gramsci è la convinzione che il connubio tra le forze rivoluzionarie possa avvenire in tempi brevi, che cioè fosse già arrivato il momento giusto della rivoluzione, senza dover attendere una crescita di consapevolezza degli stessi contadini meridionali. L'idea degli abitanti del Mezzogiorno come razza inferiore, insuscettibile di progresso, è per Gramsci una falsa rappresentazione della realtà volta a paralizzare la forza rivoluzionaria ed un alibi per evitare ogni innovazione, tesi sostenuta non solo dalle forze politiche reazionarie, ma anche da esponenti del partito socialista. La rivoluzione deve partire dai contadini del Mezzogiorno, ma questo sarà possibile solo se gli intellettuali meridionali romperanno il loro legame con i grandi proprietari terrieri, ciò che non è avve-

<sup>14</sup> G. DORSO, *La rivoluzione meridionale*, Torino, 1950.

<sup>15</sup> F. S. NITTI, *Scritti sulla questione meridionale*, Bari, 1958.

<sup>16</sup> F. S. NITTI, *Il bilancio dello Stato dal 1861 al 1867*, in *Scritti sulla questione meridionale*, II, cit.

<sup>17</sup> A. GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, Torino, 1947.

nuto con Croce e Fortunato, ai quali Gramsci imputa ingenerosamente di avere, con i loro atteggiamenti, contribuito alla vittoria delle forze reazionarie. Negli ultimi scritti l'idea più rivoluzionaria di una ribellione che parta dai contadini meridionali si attenua in una posizione più tradizionale, secondo cui è necessaria una riforma agraria con il frazionamento del latifondo, un obiettivo divenuto fondamentale nel nuovo meridionalismo comunista. Rimane, tuttavia, viva la constatazione di un Paese profondamente diviso in cui il Mezzogiorno è una colonia di sfruttamento e di consumo.

### 3. *Dall'Unità alla Cassa per il Mezzogiorno*

I ragionamenti dei meridionalisti si confrontano con un quadro istituzionale in cui, all'indomani dell'Unità, le politiche di accentramento e quelle tributarie contribuiscono ad aumentare le diseguglianze tra le diverse parti del Paese, non soltanto tra Nord e Sud, ma anche tra le stesse regioni centro-settentrionali.

Nel primo decennio del nuovo Regno<sup>18</sup>, la forte esigenza unitaria impedisce di differenziare le politiche di sviluppo tra regioni, seppure obiettivamente diverse quanto a livello di sviluppo<sup>19</sup>.

All'inizio del Novecento si apre un dibattito che tornerà spesso, anche di recente, nella storia istituzionale del Paese, circa la necessità di leggi ed amministrazioni speciali per garantire lo sviluppo dei territori e se tali interventi debbano essere affidati ad uno "Stato-costruttore", che realizzi infrastrutture, o ad uno "Stato-maieutico", che favorisca con incentivi e sussidi lo sviluppo dell'imprenditoria privata.

Tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, in un più vasto quadro in cui si sperimenta un esteso intervento pubblico nell'economia, prevale l'idea che siano necessarie leggi speciali per le regioni meridionali<sup>20</sup>, creando a tal fine enti o uffici straordinari per alcuni territori del Mezzogiorno. Il giudizio su tali interventi è difforme tra gli stessi meridionalisti, divisi tra chi ritiene utile un intervento diretto dello Stato attraverso le leggi speciali per l'industrializzazione

<sup>18</sup> M. NUCIFORA, *Modelli di coordinamento istituzionale e rapporto tra politica e tecnica nelle politiche di sviluppo regionale per il Mezzogiorno (1946-2006)*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2, 2022, 339 ss.; A. RUSSO, *La razionalizzazione incompiuta del Mezzogiorno: il ruolo delle borghesie di Stato meridionali nell'Intervento Straordinario*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2, 2022, 383 ss.

<sup>19</sup> S. CASSESE, *Amministrazione speciale e amministrazione ordinaria per lo sviluppo del Mezzogiorno*, in *Riv. giur. Mezz.* 1-2, 2011, 103 ss.

<sup>20</sup> Significative e da menzionare le leggi per il risanamento della città di Napoli (legge 15 gennaio 1885, n. 2892; legge 8 luglio 1904, n. 351); per la Basilicata (legge 31 marzo 1904, n. 140); per la Calabria (legge 25 giugno 1906, n. 210; legge 25 luglio 1906, n. 255); per la Basilicata e la Calabria (legge 9 luglio 1908, n. 445); per la Sardegna (legge 2 agosto 1897, n. 382); per le Province meridionali, la Sicilia e la Sardegna (legge 15 giugno 1906, n. 383).

del Mezzogiorno (Nitti, Sturzo) e chi pensa che tali interventi siano invece inadeguati perché episodici (Salvemini, Dorso, Gramsci).

La questione del riequilibrio territoriale viene poi trascurata per l'irrompere della grande crisi economica del Ventinove, che induce a rafforzare le politiche centralistiche dello Stato imprenditore, con la creazione dei grandi enti pubblici economici<sup>21</sup>.

La necessità di un riequilibrio territoriale, volto a superare le difficoltà del Mezzogiorno, emerge solo parzialmente all'interno della Costituente, senza lasciare un segno significativo nel testo costituzionale<sup>22</sup>. Invero, la questione non viene discussa specificamente, ma solo occasionalmente in alcuni interventi dei costituenti, quando si affronta la questione agraria o la politica industriale.

La sperequazione Nord – Sud diventa oggetto di dibattito in occasione della più generale discussione sugli assetti istituzionali, in particolare sui rapporti tra Stato e Regioni, in un confronto tra centralisti e regionalisti. È in questo contesto che vengono proposti specifici interventi economici per i territori svantaggiati. L'esplicita indicazione del "Mezzogiorno" come territorio da sostenere con incentivi economici speciali, introdotto nell'originario art. 119 Cost., è l'unico chiaro segno dell'interesse della Costituente per la questione meridionale. In effetti, non è molto, ove si pensi alla qualità dei protagonisti di quella straordinaria esperienza costituente<sup>23</sup>.

Negli anni Cinquanta la discussione sul Mezzogiorno è comunque ben presente nel contesto del nuovo sviluppo industriale del Paese. Riprendendo la vecchia idea nittina dell'industrializzazione del Mezzogiorno, una parte del gruppo dirigente dell'IRI propone di creare una struttura speciale per il Sud del Paese, sulle orme di una nuova ed originale teoria economica formulata da Pasquale Saraceno. L'incentivazione della domanda, come sostiene la teoria keynesiana, produce migliori effetti se nello stesso tempo si aiuta l'offerta con la produzione di capitale. Perciò, bisogna creare nel Mezzogiorno i presupposti per rendere conveniente la produzione industriale, come già avvenuto nel nostro

---

<sup>21</sup> M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. V, Firenze, 2016, 9-67.

<sup>22</sup> *La questione meridionale del dopoguerra ad oggi*, a cura di P. BARUCCI, Milano, 1975; V. M. SBRESCIA, *Uniformità amministrativa, federalismo, regionalismo e Mezzogiorno alla Costituente*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1-2, 2011, 161 ss.; V. M. SBRESCIA, *La costituzionalizzazione del Mezzogiorno. Spunti di riflessione dal dibattito Costituente a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1, 2018, 193 ss.

<sup>23</sup> V. M. SBRESCIA, *Meridionalismo ed autonomismo: unità nazionale ed autogoverno delle comunità territoriali. Il pensiero istituzionale di Guido Dorso a settant'anni dalla scomparsa*, in *Riv. giur. Mezz.*, 4, 2017, 1073; V. M. SBRESCIA, *Regioni e Mezzogiorno all'Assemblea costituente: il contributo di Fiorentino Sullo ai lavori preparatori della Costituzione repubblicana*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3-4, 2020, 1005 ss.

Paese subito dopo l'Unità, con politiche industriali a vantaggio del Settentrione<sup>24</sup>.

Si consolida l'idea che lo sviluppo sociale ed economico non potrà prescindere dalla crescita dei territori meno sviluppati, siano essi nel Mezzogiorno o nel Centro – Nord. Però, per incentivare l'industrializzazione del Meridione, appare necessaria una nuova struttura amministrativa straordinaria, che sia in grado di mettere in atto un programma coerente di lunga durata, evitando la dispersione di progetti e risorse, come accaduto in precedenza con la citata frastagliata legislazione a favore di singole regioni.

Questo spiega come, nell'ottica di uno sviluppo complessivo dell'intero Paese, la legge 10 agosto 1950, n. 646 istituisca la Cassa per opere straordinarie di pubblico interesse nell'Italia meridionale, meglio nota come Cassa per il Mezzogiorno, un ente appositamente destinato agli interventi straordinari, le cui attività vengono coordinate con quelle ordinarie degli organi statali decentrati attraverso un Comitato interministeriale<sup>25</sup>. Si crea così, sul modello delle Agenzie indipendenti di sviluppo regionale degli Stati Uniti, un ente unico ed innovativo con indipendenza sostanziale dal potere politico; con ampia autonomia organizzativa; con un finanziamento stabile non occasionale di lungo periodo; con una struttura tecnica propria di alto livello; con la possibilità di programmare e gestire scelte operative superando i confini degli enti territoriali e le competenze settoriali degli organi di governo decentrati sui territori; con un regime semplificato della spesa rispetto a quello ordinario.

Il giudizio consolidato della storiografia amministrativa è che l'esperienza della Cassa fu assai positiva in termini di risultati ottenuti, almeno nei primi venti anni della sua attività<sup>26</sup>. Si stima che tra il 1950 ed il 1998, l'impegno economico sia stato pari a 379 miliardi di lire, un importo invero ampiamente inferiore a quello che nella prima decade della riunificazione tedesca venne destinato alla ex Germania dell'Est, tanto che anche nella fase di più elevato impegno economico le risorse per il Mezzogiorno nel nostro Paese non hanno mai superato lo 0,70% annuo del PIL nazionale.

Nonostante questo, i primi venti anni di attività della Cassa consentono, per la prima ed unica volta nella storia nazionale, una riduzione di sei punti percentuali del divario tra Mezzogiorno e regioni del Centro-Nord, mentre dagli Anni Settanta in poi la crescita si arresta sia per la mutata congiuntura internazionale,

<sup>24</sup> P. SARACENO, *Lo sviluppo economico dei Paesi non industrializzati*, in *Il Meridionalismo dopo la ricostruzione (1948-1957)* a cura di P. BARUCCI, Milano, 1974, 231 ss.

<sup>25</sup> G. MELIS, *Gabriele Pescatore e la Cassa per il Mezzogiorno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 229 ss.

<sup>26</sup> Lo ricorda anche lo stesso PNRR nel capitolo sulla riduzione del divario di cittadinanza, quando afferma che «dopo un periodo di avvicinamento delle aree del Paese dagli anni del secondo dopoguerra fino a metà degli anni '70, il processo di convergenza si è arrestato. Sono ormai più di quarant'anni che il divario, in termini di PIL pro capite, è rimasto sostanzialmente inalterato, se non aumentato» (p. 37).

ma anche per le nefaste influenze politiche sulla Cassa e per l'attribuzione alle neo-costituite Regioni di competenze concorrenti con quelle della stessa Cassa.

Con il decreto legge 22 ottobre 1992, n. 415, convertito in legge 19 dicembre 1992, n. 488, la Cassa per il Mezzogiorno viene definitivamente soppressa, dopo una serie di interventi legislativi che già ne anticipavano la chiusura, introducendo un sistema di intervento ordinario per tutte le aree depresse del territorio nazionale.

La Cassa per il Mezzogiorno rimane un positivo esempio paradigmatico di una struttura ad alta competenza tecnica, con un management autorevole che persegue le linee politiche di sviluppo del governo, ma in totale autonomia operativa<sup>27</sup>. Seppure non è oggi immaginabile creare una struttura analoga alla Cassa per il Mezzogiorno<sup>28</sup>, sarebbe quanto meno opportuno mettere ordine tra i molteplici enti che hanno qualche competenza sullo sviluppo del Mezzogiorno<sup>29</sup>.

#### 4. *La questione meridionale come questione nazionale nel PNRR*

La crisi sanitaria e la conseguente emanazione del *Next Generation EU* hanno riproposto il dibattito sul modello di sviluppo del Mezzogiorno insieme all'esigenza di recupero sociale ed economico dell'intera Nazione<sup>30</sup>.

Non è un caso che la riduzione del divario di cittadinanza sia – come detto – una delle tre priorità trasversali alle sei Missioni del PNRR. Infatti, il tratto caratteristico del Piano è un'ottica di coesione sociale, economica e territoriale<sup>31</sup>, secondo quanto stabilito dal Regolamento (UE) 2021/241, istitutivo del NGEU, che, a questo proposito, richiama gli artt. 174 e 175 del TFUE. Per questo la

<sup>27</sup> P. SARACENO, *Trent'anni di intervento straordinario (1951-1980)*, in *Studi SVIMEZ*, n. 3-4, 1983, 97 ss., secondo cui «l'intervento straordinario ha dato nel complesso un contributo relevantissimo al progresso che si è avuto nell'insieme delle Regioni meridionali: si può oggi dire con fondamento che in oltre un secolo di vita dello Stato unitario non sia possibile identificare un'altra innovazione avente l'importanza assunta dall'intervento straordinario».

<sup>28</sup> M. CARABBA, *Serve una nuova Cassa del Mezzogiorno*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2019, 4, 1021 ss. ritiene che sia necessaria un'agenzia speciale per il Mezzogiorno sul modello della Cassa.

<sup>29</sup> A. LEPORE, *Perché oggi non si può pensare ad una riedizione della Cassa per il Mezzogiorno*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3-4, 2020.

<sup>30</sup> *Il PNRR alla prova del sud*, a cura di L. BIANCHI, B. CARAVITA, Napoli, 2021; A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, 1-2, 2021, 199 ss.; B. CARAVITA, *Pnrr e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di un'annua fase dell'Italia*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1, 2022, 15 ss.; A. BARONE, F. MANGANARO, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quad. cost.*, 1, 2022, 148 ss.

<sup>31</sup> F. MANGANARO, *Politiche di coesione*, in *Enc. Dir. – I tematici*, in corso di pubblicazione. Gli studi sociologici, che per primi hanno enunciato il principio di coesione, concordano sul fatto che la coesione sociale aiuta a superare le disuguaglianze (Durkeim e Parsons), secondo metodi e modalità per contrastarle (Berger-Schmitt e Noli), anche attraverso diversi sistemi di welfare (Chan).

coesione economica è prevista nel Regolamento come elemento di una crescita intelligente, sostenibile ed esclusiva (art. 3, c. 1, lett. c), presupposto di una coesione sociale (art. 3, c. 1, lett. d) che riduca il divario di cittadinanza e di una coesione territoriale che garantisca eguali livelli di prestazioni<sup>32</sup>.

Si tratta, peraltro, di dare attuazione a principi costituzionali previsti negli artt. 2, 3, 119 Cost. Come è noto, l'enunciazione del principio di eguaglianza impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli per la sua concreta attuazione<sup>33</sup>. Invero, negli attuali sistemi pluralistici e multilivello, ove la struttura amministrativa è disomogenea<sup>34</sup>, l'eguaglianza non può fondarsi sull'uniforme applicazione del diritto, ma sull' omogeneità delle prestazioni fondamentali<sup>35</sup>, garantite dai livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali<sup>36</sup>, secondo la previsione dell'art. 117 Cost., c. 2, lett. m)<sup>37</sup>, anche perché dovendo essere garantiti su tutto

<sup>32</sup> G.P. MANZELLA, *Il "tempo" della politica di coesione*, in *www.federalismi.it*, 13, 2021.

<sup>33</sup> B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.

<sup>34</sup> G. NAPOLITANO, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, in a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, cit., 90, sostiene che «al di là del dato normativo, tuttavia, quel che è venuta sempre più chiaramente in evidenza è la disparità di capacità amministrativa sul territorio», tanto che «questa disparità di capacità amministrativa inevitabilmente si riverbera sul funzionamento omogeneo del mercato e sulla competitività delle imprese».

<sup>35</sup> G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 12 ss.

<sup>36</sup> E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004. Secondo E. PESARESI, *La "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" e la materia "tutela della salute": la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, 1749: «Proprio in quanto non è possibile identificare, in via definitiva e una volta per tutte, il contenuto dei livelli essenziali ed i necessari meccanismi di implementazione, la stessa definizione dei livelli essenziali, non può che orientarsi lungo un tracciato altrettanto mobile, rideterminabile alla luce dell'interazione e delle vicende e successive reazioni tra i diversi fattori sociali, culturali, morali, economici, coinvolti. Sono pertanto tali fattori piuttosto che il dato formale della rigida separazione delle competenze tra Stato e regioni, ad orientare, nei limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'adeguatezza, l'esigenza avvertita anche dalla giurisprudenza costituzionale, sugli interessi unitari ed infrazionabili di una cittadinanza nazione indisponibile ad ogni velleità di differenziarne territoriale».

<sup>37</sup> F. MANGANARO, *Il concetto di cittadinanza alla luce dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Atti del Convegno di Copanello 2005, a cura di F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA Torino, 2006.

il territorio nazionale<sup>38</sup>, configurano anche un precetto per la coesione territoriale<sup>39</sup>.

Per questo, tornando più specificamente alla questione meridionale, risulta evidente la necessità di applicare, nell'uso delle risorse del PNRR, un criterio di perequazione<sup>40</sup>.

Ed infatti, nelle disposizioni relative al divario di cittadinanza, il Piano ribadisce che l'obiettivo principale è «accompagnare una nuova stagione di convergenza tra Sud e Centro-Nord per affrontare un nodo storico dello sviluppo del Paese»<sup>41</sup>, rilevando che la diminuzione degli investimenti nel Mezzogiorno tra il 2008 ed il 2018 ha aggravato la già esistente carenza di strutture e servizi. Per questo, al di là delle dichiarazioni di principio, «il Governo ha deciso di investire non meno del 40 per cento delle risorse territorializzabili del PNRR (pari a circa 82 miliardi) nelle otto regioni del Mezzogiorno, a fronte del 34 per cento previsto dalla legge per gli investimenti ordinari destinati su tutto il territorio nazionale»<sup>42</sup>.

La previsione del PNRR trova conferma nell'art. 2, c. 6 *bis*, del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108<sup>43</sup>, destando non

<sup>38</sup> Nella sterminata letteratura sul punto, tra gli altri: L. CHIEFFI, *L'effettività del principio di eguaglianza nel sistema italiano*, in *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, a cura di G. BERTI, G. C. DE MARTIN, Milano, 2003, 99; E. BALBONI, *Il problema della determinazione dei livelli essenziali nei vari settori*, in *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, a cura di G. BERTI, G. C. DE MARTIN, Milano, 2003, 241 ss.; E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 27 ss.; M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile*, in *Ist. del Fed.*, 3- 4, 2003, 613 ss.; A. D'ALOJA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni in Dir. Pubbl.*, 2004, 16 ss.; E. PESARESI, *La "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" e la materia "tutela della salute": la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, 1733 ss.; A. S. DI GIROLAMO, *Livelli essenziali e finanziamento dei servizi sanitari alla luce del principio di leale collaborazione*, in *Ist. del Fed.*, 3-4, 2007, 481 ss.; *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni Prospettive sociali e sanitarie*, a cura di EMANUELE RANCI ORTIGOSA Milano, 2008; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

<sup>39</sup> F. F. TUCCARI, *Politiche europee di coesione territoriale e processi di unificazione amministrativa nazionale*, in *La coesione politico-territoriale*, a cura di G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. 2, cit., 59 ss.

<sup>40</sup> M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2/2020; R. Gallia, *Il PNRR e la perequazione infrastrutturale*, in *Riv. giur. Mezz.*, 4, 2020.

<sup>41</sup> PNRR, p. 39.

<sup>42</sup> PNRR, p. 37.

<sup>43</sup> Secondo tale articolo, «... Le amministrazioni di cui al comma 1 dell'articolo 8 assicurano che, in sede di definizione delle procedure di attuazione degli interventi del PNRR, almeno il 40 per cento delle risorse allocabili territorialmente, anche attraverso bandi, indipendentemente dalla fonte finanziaria di provenienza, sia destinato alle regioni del Mezzogiorno, salve le specifiche allocazioni territoriali già previste nel PNRR. Il Dipartimento per le politiche di coesione della Pre-

poche polemiche tra chi ritiene necessaria una quota di investimenti maggiori e chi invece ne contesta l'opportunità, tenuto conto del basso livello di spesa delle Regioni meridionali.

Invero, sarebbe erroneo considerare queste disposizioni prescindendo dal complesso del PNRR e più precisamente dalla necessità di conseguire una crescita sinergica del Paese. Al di là di sterili ed inefficaci rivendicazioni o colpevoli distinguo, emerge un tratto saliente del meridionalismo più maturo secondo il quale la crescita socio-economica del Paese o è sinergica o semplicemente “non è”. In altre parole, non si può perseguire il miglioramento dei livelli essenziali di prestazioni dei territori con minori risorse e servizi senza tener conto delle aree meglio attrezzate, ma così, per converso, l'ulteriore crescita economica delle aree più sviluppate non può avvenire senza attuare le necessarie politiche di riequilibrio, non fosse altro perché l'industria settentrionale perderebbe una quota importante della domanda di beni e servizi. Si conferma così che la questione meridionale va letta come questione nazionale<sup>44</sup>, non solo nel senso che il Sud ha maggiore bisogno di risorse (come peraltro il Piano prevede), ma anche nel senso che la crescita del Mezzogiorno è un obiettivo da cui anche le Regioni più attrezzate non possono prescindere, perché anche ad esse “conviene”.

Questa conclusione è confermata da un recente studio della Banca d'Italia, ove si dimostra che la crescita della produttività si modifica secondo il modo in cui vengono o meno realizzate politiche di convergenza territoriale tra Nord e Sud<sup>45</sup>. Sembra di rileggere le parole di Pasquale Saraceno, secondo cui facilitare gli investimenti industriali nel Mezzogiorno consente di aumentare il prodotto nazionale complessivo non in opposizione, ma in sinergia, con le politiche industriali generali, che debbono sostenere le imprese del Mezzogiorno ma al fine di renderle autonome e competitive<sup>46</sup>.

---

sidenza del Consiglio dei ministri, attraverso i dati rilevati dal sistema di monitoraggio attivato dal Servizio centrale per il PNRR di cui all'articolo 6, verifica il rispetto del predetto obiettivo e, ove necessario, sottopone gli eventuali casi di scostamento alla Cabina di regia, che adotta le occorrenti misure correttive e propone eventuali misure compensative».

<sup>44</sup> A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, 807 ss.

<sup>45</sup> F. BALASSONE, *Il Mezzogiorno: una “questione nazionale”*, in *www.bancaditalia.it*.

<sup>46</sup> A. LEPORE, *Il Mezzogiorno dalla riscoperta della Cassa al piano di ripresa dell'Italia*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2-3, 2021, 9, richiamando il pensiero di P. SARACENO, *Gli anni dello schema Vanoni (1953-1959)*, Milano, 1982, 249, osserva che «la crescita dell'industria italiana sarebbe stata più intensa, facilitando la localizzazione al Sud di una maggiore quota di capitale industriale. Questo tipo di sviluppo non doveva porsi come un'alternativa, ma come un'integrazione del flusso di investimenti generale e l'accumulazione produttiva doveva svolgersi in una logica di mercato, rendendo conveniente l'adozione di tecnologie più moderne e una produttività di livello europeo. Lo snodo attuale ripropone questa stessa impostazione lungimirante, per non fare del Sud un mondo a parte».

## 5. *L'effettiva attuazione del PNRR*

Le risorse destinate al Mezzogiorno nell'attuale fase storica sono molto elevate. Oltre a quelle indicate nel PNRR<sup>47</sup>, bisogna considerare anche gli investimenti previsti nel *React Ue*, nei Fondi Strutturali 2021-2027, nei Fondi di Sviluppo e Coesione<sup>48</sup>, che ammontano complessivamente a circa duecento miliardi di euro da investire nei prossimi sette anni. L'attenzione va, perciò, posta sulle modalità di attuazione e sulla capacità delle amministrazioni di gestire tale imponente flusso di risorse.

È bene analizzare questo punto tenendo conto dei primi dati già noti sull'effettiva attuazione del Piano. Nella prima relazione al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR del 23 dicembre 2021, si dà atto di un accentramento delle funzioni nella cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in nome di un'esigenza di rapidità delle decisioni, visto che i diversi tavoli di coordinamento istituiti mantengono una funzione meramente consultiva<sup>49</sup>.

Per il miglioramento dell'organizzazione amministrativa, vengono introdotte forme di sostegno a tutte le amministrazioni (supporto tecnico con convenzioni con società a partecipazione pubblica, ampliamento delle assunzioni, utilizzazione di esperti, supporto tecnico dell'Agenzia per la coesione), nonché alcune misure specifiche per le amministrazioni del Mezzogiorno, come l'assunzione, con risorse a carico del bilancio statale, di 2.800 funzionari (punto n. 3.4).

Alla stessa finalità, il decreto legge 6 novembre 2021, n.152, convertito in legge 29 dicembre 2021, n. 233 prevede che tutti i Comuni, anche se deficitari, possano assumere personale non dirigenziale per l'attuazione del Piano e che l'Agenzia per la coesione territoriale possa stipulare, per il periodo di attuazione del Piano, contratti di collaborazione con professionisti e personale in possesso di alta specializzazione, da destinare a supporto degli enti locali del Mezzogiorno (art. 31 *bis*).

Nella legge si trovano, inoltre, altre specifiche norme per le regioni meridionali, come ad esempio la previsione di attribuire nella misura di almeno il 40% agli enti locali del Mezzogiorno i contributi per investimenti relativi ad opere pubbliche per la messa in sicurezza di edifici e del territorio, previsti dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (art. 20, c. 2).

Più interessante, per quanto rileva in questa sede, è la verifica *in itinere* del

---

<sup>47</sup> Come è noto, l'Italia riceve complessivamente per il PNRR 191,48 miliardi di euro a fronte di risorse molto più ridotte per gli altri Stati, come la Germania (25,6 miliardi), la Francia (39,37 miliardi), la Spagna (69,51 miliardi).

<sup>48</sup> Il Regolamento (UE) 2021/1060 prevede un investimento di 330 miliardi di euro per il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), il Fondo sociale europeo Plus (FSE+) e il Fondo di coesione e 7,5 miliardi di euro per il Fondo per una transizione giusta (JTF).

<sup>49</sup> [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Relazione\\_Parlamento\\_stato\\_attuazione\\_PNRR.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Relazione_Parlamento_stato_attuazione_PNRR.pdf)

rispetto della citata “quota Mezzogiorno”, che destina il 40% delle risorse del PNRR alle regioni meridionali. I primi riscontri si rinvergono nella recente “*Prima relazione istruttoria sul rispetto del vincolo di destinazione alle regioni del Mezzogiorno di almeno il 40 per cento delle risorse allocabili territorialmente*” del Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2022<sup>50</sup>.

Nell’esame dei 253 progetti già finanziati<sup>51</sup>, il Dipartimento distingue tra: a) azioni di sistema; b) interventi territorializzati; c) interventi territorializzabili. Le prime hanno natura trasversale o valenza nazionale, i secondi un’esplicita localizzazione territoriale ed un costo già stabilito, le ultime devono ancora essere definite a seguito della selezione dei progetti e del riparto delle risorse. La quota Mezzogiorno è facilmente valutabile negli interventi già territorializzati, ma non può essere in atto valutata quanto agli interventi territorializzabili, che ammontano al 91,3 % del totale.

Infatti, seppure per questi ultimi interventi sembra nei progetti rispettato il vincolo di perequazione, non vi è alcuna effettiva certezza. Lo stesso Dipartimento ne segnala le ragioni, prima fra tutte quella che la quota Mezzogiorno viene in atto calcolata secondo le stime incerte effettuate dalle stesse amministrazioni che dovranno gestire i progetti. In secondo luogo, la distribuzione territoriale non è misurabile ove i progetti debbano essere assegnati attraverso procedure di carattere competitivo, in quanto essi dipendono «sia dall’effettiva adesione dei soggetti privati e pubblici potenzialmente beneficiari, sia dalla capacità progettuale e amministrativa delle amministrazioni regionali e locali»<sup>52</sup>. Perciò, le stime compiute in questa fase sono ancora poco significative, in quanto – come osserva la stessa relazione – nell’attuazione del piano si potranno verificare difformità tra efficienza allocativa ed esigenza di perequazione territoriale. Sono elementi di ulteriore incertezza la scarsa efficienza delle strutture amministrative e l’incertezza su come potrà funzionare la *governance* degli interventi destinati agli enti territoriali, ma gestiti dalle amministrazioni centrali.

Perciò, l’affermazione secondo cui «gli esiti della prima verifica mostrano una sostanziale conferma del vincolo della previsione normativa di destinare almeno il 40% delle risorse alle regioni del Mezzogiorno»<sup>53</sup>, è fondata ma solo

<sup>50</sup> [https://politichecoesione.governo.it/media/2842/prima-relazione\\_destinazione-mezzogiorno-risorse-pnrr.pdf](https://politichecoesione.governo.it/media/2842/prima-relazione_destinazione-mezzogiorno-risorse-pnrr.pdf)

<sup>51</sup> In particolare 223 progetti si rinvergono nel PNRR e altri 30 nel correlato piano complementare finanziato con risorse di bilancio appostate nel Fondo coesione.

<sup>52</sup> Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Prima relazione istruttoria sul rispetto del vincolo di destinazione alle regioni del Mezzogiorno di almeno il 40 per cento delle risorse allocabili territorialmente*, cit., 12.

<sup>53</sup> Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Prima relazione istruttoria sul rispetto del vincolo di destinazione alle regioni del Mezzogiorno di almeno il 40 per cento delle risorse allocabili territorialmente*, cit., 12.

relativamente ad un'assai esigua parte di risorse, mentre rimane incerta per la più vasta parte dei finanziamenti<sup>54</sup>.

Il Dipartimento per la coesione, prefigurando scenari in cui le risorse non vengano correttamente utilizzate dalle regioni meridionali, analizza quali soluzioni in questa eventuale evenienza siano state introdotte nei bandi già emanati. A fronte di alcune procedure in cui si prevede espressamente che le risorse non assegnate vengano comunque destinate ai territori meridionali a salvaguardia della quota Mezzogiorno, altre procedure o non stabiliscono nessun criterio di redistribuzione o prevedono una redistribuzione senza alcun vincolo territoriale<sup>55</sup>. È questo un problema che rischia di rendere le misure di perequazione solo virtuali, tanto che lo stesso Dipartimento conclude che «l'assegnazione delle risorse senza vincolo di localizzazione territoriale, possa determinare il mancato conseguimento e rispetto del dettato normativo dell'articolo 2, comma 6 *bis*, del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77»<sup>56</sup>, che ha introdotto la quota Mezzogiorno.

Il campanello d'allarme suonato dal Dipartimento per la coesione è chiaro: la perequazione prevista dal PNRR è fortemente a rischio. Se ne ha conferma in un documento del Ministero delle infrastrutture, che aveva già dichiarato che la quota Mezzogiorno non può essere rispettata, visto che alcune opere infrastrutturali previste nel Piano sono già localizzate nel Centro Nord.

Invero, si è già rilevato, analizzando la storia del meridionalismo, che la crescita del Paese non può che essere unitaria per gli interessi comuni che legano i territori, cosicché uno sviluppo generale è utile anche alle regioni più sviluppate, come ampiamente dimostrato negli studi sociologici ed economici.

La quota Mezzogiorno non è tanto una questione di percentuali, quanto piuttosto una consapevolezza della necessità di riequilibrio. D'altra parte, alla richiesta di risorse, le classi dirigenti, la politica, la burocrazia del Mezzogiorno sono chiamate a rispondere con un'attuazione produttiva delle ingenti risorse previste, scongiurando quel "paradosso dell'abbondanza", che spesso ha impedito una spesa efficiente delle risorse. Alla legittima richiesta di misure di perequazione dovrà, perciò, corrispondere una più adeguata utilizzazione delle stesse.

---

<sup>54</sup> Sul punto: *Sud e PNRR: la ricognizione ex ante del DPCoe conferma le criticità indicate dalla SVIMEZ*, a cura di L. BIANCHI, C. PETRAGLIA, in <http://lnc.svimez.info/svimez/wp-content/uploads/2022/04/NOTA-SVIMEZ-RELAZIONE.pdf>.

<sup>55</sup> Il dettaglio delle cifre impegnate rende palese l'incongruenza: solo per interventi di 2,5 miliardi di euro è disposta una esplicita salvaguardia della quota Mezzogiorno; per 1,4 miliardi di euro, in mancanza di richieste di finanziamento sufficienti ad esaurire la quota di risorse destinata, si procederà a scorrimento delle graduatorie indipendentemente dalla localizzazione territoriale degli interventi; per 3,2 miliardi di euro non è prevista alcuna modalità di salvaguardia della quota Mezzogiorno sulle risorse non assegnate per carenza di domande ammissibili.

<sup>56</sup> Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Prima relazione istruttoria sul rispetto del vincolo di destinazione alle regioni del Mezzogiorno di almeno il 40 per cento delle risorse allocabili territorialmente*, cit., 14.

## 6. *Divari di cittadinanza e regionalismo differenziato*

Riaprire dopo la pandemia e con una guerra in Europa la questione del regionalismo differenziato appare paradossale<sup>57</sup>, in un momento in cui gli investimenti del PNRR sono tutti volti a superare le diseguaglianze territoriali<sup>58</sup>.

Prima della pandemia, il disegno di legge governativo del 3 dicembre 2019 aveva previsto che venissero determinati i livelli essenziali delle prestazioni al fine di procedere al trasferimento delle funzioni alle Regioni che le avevano richieste, superando il vecchio metodo della spesa storica, che consolida le differenze tra territori<sup>59</sup>. Invero, la perdurante difficoltà di determinare il modo in cui trasferire le risorse dallo Stato alle Regioni fa seriamente dubitare che si possa trovare un criterio che garantisca risorse adeguate alle Regioni “differenziate”, senza che ciò aumenti le diseguaglianze.

Peraltro, la gestione della pandemia ha messo in luce che ciò che conta non è tanto il riparto di legislazione quanto l'organizzazione amministrativa sui territori<sup>60</sup>, offrendo nuovi argomenti in ordine ai rapporti istituzionali<sup>61</sup>.

È stato, a questo proposito, osservato che ove la necessità di decentramento e di autonomia previsto dall'art. 5 Cost. viene sostituito con l'ampliamento delle

<sup>57</sup> Audizione della Ministra per gli affari regionali, Mariastella Gelmini, presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali, 13 luglio 2021.

<sup>58</sup> Sul punto, mi piace ricordare le precise osservazioni di B. CARAVITA, *Pnrr e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase dell'Italia*, cit., 22-23.

<sup>59</sup> A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, 8, 2019, 23, secondo cui il problema non è tanto il regionalismo differenziato ma il modo attuale di realizzarlo, che richiede «un chiaro intervento correttivo per renderlo più coerente ed efficace rispetto agli obiettivi non solo di sviluppo ma anche di tutela e garanzia dei diritti fondamentali di tutta la cittadinanza».

<sup>60</sup> Paradigmatica è la differenza con cui le Regioni Lombardia e Veneto hanno affrontato l'impatto pandemico, dovuta alla diversa organizzazione territoriale dei presidi sanitari, focalizzati sulla medicina di eccellenza in Lombardia e su una più ampia rete diffusa di medicina di base in Veneto. Nota A. MORELLI, *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, 2021, 1-2, 161-162, che la pandemia ha messo in evidenza le carenze del nostro sistema delle autonomie, tanto da «suggerire un drastico ridimensionamento delle pretese avanzate dalle Regioni che hanno avviato il processo attuativo del regionalismo differenziato».

<sup>61</sup> G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022, 509, richiamando un'immagine di M. CAMELLI, *Centro e periferia: l'emergenza fa cadere il velo*, in *Il Mulino*, 2020, 3, 396, ritengono che la pandemia ha fatto “cadere il velo” sul complesso riparto di funzioni tra Stato e Regioni, mettendo in evidenza la crisi dei rapporti interistituzionali e l'incapacità di coordinamento per soddisfare le reali esigenze delle persone. R. BIN, *Regioni dopo la pandemia: riforma o ripensamento*, in *Le Regioni*, 2021, 3, 493 ss., osserva che la pandemia ha reso evidenti i limiti del sistema istituzionale italiano, soprattutto nei rapporti tra Stato, Regioni ed enti territoriali, tanto da porre con chiarezza la necessità di un ripensamento del sistema, ritenendo insufficienti i tradizionali modi di composizione degli interessi realizzati nelle conferenze o il richiamo all'etereo criterio della leale collaborazione.

materie attribuite alle Regioni, si ripropone surrettiziamente il superato criterio del parallelismo tra funzioni legislative ed amministrative<sup>62</sup>. Si determinerebbe così una sorta di *parallelismo in versione rovesciata*, contrario alla previsione dell'art. 118 Cost., che attribuisce le funzioni amministrative prioritariamente ai Comuni. Perciò, ove si voglia garantire la diversificazione delle funzioni amministrative, secondo le concrete condizioni di ogni contesto territoriale, sarebbe sufficiente la corretta applicazione dell'art. 118 Cost. senza dover ricorrere all'art. 116, c. 3 Cost.<sup>63</sup>, che invece può comportare gravi rischi di disuguaglianza<sup>64</sup>.

L'improvvisa esplosione della guerra in Ucraina con il suo pesante carico di morte e distruzione pone un ulteriore pesante fardello sulla già difficile ripresa economica europea dopo la crisi pandemica.

Non è questo il luogo per una riflessione sul tema, ma non si può fare a meno di sottolineare, per l'aspetto che qui interessa, che a maggior ragione la politica europea e quella nazionale dovranno continuare a proporre misure di perequazione sociale, economica e territoriale.

---

<sup>62</sup> M. CAMMELLI *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, cit., 14.

<sup>63</sup> M. CAMMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art.116.3 Cost.*, cit., 17.

<sup>64</sup> Secondo L. DI MAJO, *Il regionalismo differenziato: un questione di metodo prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 255 «L'idea di trasferire tutto il pacchetto previsto dall'art. 116, comma 3, Cost. rischia di creare profili di disuguaglianza difficilmente gestibili: per quanto concerne la sanità, ad esempio, si pensi alla politica del farmaco (quali sarebbero, i farmaci da inserire nel prontuario?), alle esenzioni (quali i parametri?), alle attività intramurarie dei medici (quali i limiti?), alla tangibile disarticolazione complessiva del sistema sanitario nazionale anche in ragione delle diverse modalità di accesso alla carriera nelle strutture pubbliche. La competenza concorrente sanitaria diventerebbe esclusiva regionale con il concreto rischio della scomparsa dei livelli essenziali di assistenza che rappresentano uno degli indicatori principali che il Paese si dà come obiettivo di garanzia di un servizio sanitario eguale per tutti». Anche per la materia dell'istruzione, «è inverosimile immaginare un sistema di istruzione regionalizzato quando la scuola è stata fondamentale nella costruzione giuridica e morale dell'appartenenza alla Repubblica».

### **Abstract**

Il PNRR considera la questione meridionale come questione nazionale. Il presente lavoro, ricostruendo l'originario pensiero meridionalista, esamina gli eventi che hanno portato alla situazione attuale, verificando l'effettiva utilizzazione preferenziale dei fondi PNRR per le regioni meridionali. Ne consegue un articolato ragionamento su come i divari di cittadinanza crescerebbero ove si realizzasse il regionalismo differenziato.

#### Observations on the Southern Question in the light of PNRR and differentiated regionalism

The PNRR deals the Southern question as a national issue. This work, reconstructing the original Southern thinking, examines the events that led to the current situation, verifying the effective preferential use of PNRR funds for the southern regions. It follows an articulated reasoning on how the gaps in citizenship would grow if differentiated regionalism were to be realized.

# I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela\*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Il carattere polisemico del titolo evocativo dell'oggetto dello studio, dandosi forme e gradi diversi sia di riconoscimento dei diritti che della effettività della loro tutela. – 2. I c.d. “nuovi” diritti e la micidiale questione teorica relativa all'accertamento della loro “fondamentalità” ed alle sedi istituzionali in cui esso può aver luogo (modello ed esperienza a confronto). – 3. La centralità del ruolo dei giudici e la “misura” della effettività della tutela in ragione dei modi con cui essa risulta distribuita tra le sedi in cui si amministra giustizia e delle tecniche decisorie allo scopo messe in atto (esemplificazioni con riguardo al versante dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario ed alla tecnica delle decisioni in due tempi inaugurata dal giudice costituzionale in *Cappato*). – 4. Il modo distorto con cui è usualmente impostata e risolta la questione della effettività della tutela (gli esempi della salvaguardia della salute, specie nel tempo della pandemia da covid-19, e del sovraffollamento carcerario). – 5. L'effettività della tutela: un annoso e inquietante problema che, il più delle volte, può essere affrontato a modo solo attraverso la fattiva e solidale cooperazione degli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea.

## 1. *Il carattere polisemico del titolo evocativo dell'oggetto dello studio, dandosi forme e gradi diversi sia di riconoscimento dei diritti che della effettività della loro tutela*

Si torna oggi a discutere di talune micidiali questioni della teoria giuridica in genere (e costituzionale in ispecie), nell'intento di allentare, se non sciogliere del tutto, alcuni nodi già *ab antiquo* risalenti e col tempo fattisi via via sempre più fitti. Per avvedersene, basti solo porre mente alla questione dello sviluppo sostenibile che, ancora fino a non molto tempo addietro, non era avvertita come urgente e che invece si presenta oggi estremamente complessa e – a dirla tutta – di assai problematica risoluzione<sup>1</sup>.

Il nostro odierno confronto oscilla tra i due poli dell'assetto democratico

---

\* Relaz. conclusiva della terza sessione su *Diritti umani: riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, nell'ambito del convegno italo-brasiliano dei professori di Diritto amministrativo e costituzionale (AIBDAC), dal titolo *Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?*, Palermo 15-16 settembre 2022, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Dedico *toto corde* questo scritto a M. Immordino: studiosa insigne, persona dalle non comuni doti di mente e di cuore, amica carissima.

<sup>1</sup> Nella ormai nutrita letteratura, richiamo qui solo il contributo di AA.VV., *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, a cura di A. RACHID COUTINHO, A. COPETTI, L.A. DAVID DE ARAUJO, Florianópolis, 2015, nel quale si fa il punto sulla situazione in Brasile, Spagna e Italia.

dello Stato (e, in genere, di una comunità politica organizzata)<sup>2</sup> e della salvaguardia dei diritti fondamentali<sup>3</sup>; ed è di tutta evidenza (e se n'è avuta anche oggi conferma) che chi tratta dell'una questione non può non dire anche dell'altra, e viceversa. È chiaro che può cambiare (ed effettivamente cambia) la prospettiva dalla quale si guarda all'oggetto peculiare di ciascuna riflessione, mettendo in particolare risalto alcuni profili piuttosto che altri. I due poli suddetti, nondimeno, si implicano a vicenda e non possono, dunque, essere tenuti innaturalmente separati tra di loro, così come pure talvolta si è tentato (ma senza successo) di fare in sede teorico-ricostruttiva.

Ne è presto spiegata la ragione. Di una tutela "effettiva" dei diritti in parola, nel significato che – come si vedrà – è da assegnare al termine, può dirsi unicamente in contesti ordinamentali ispirati al modello della liberal-democrazia (nelle sue plurime espressioni), così come di "democrazia" può discorrersi solo laddove si abbia (non il mero riconoscimento bensì la) "effettiva" tutela dei diritti stessi: *simul stabunt vel simul cadent*, insomma.

Il punto è però che tanto della democrazia (nell'accezione del termine di tradizioni liberali<sup>4</sup>) quanto dei diritti fondamentali si hanno non soltanto forme

<sup>2</sup> L'allargamento del campo si deve all'esigenza di non escludere dal raggio di osservazione del fenomeno oggi riguardato talune forme organizzative diverse dallo Stato (quale ad es. l'Unione europea), per quanto – com'è chiaro – è soprattutto sul primo che va appuntata l'attenzione.

<sup>3</sup> Preferisco fare utilizzo del sintagma ora indicato nel testo al posto dell'altro "diritti umani", ricorrente – come si sa – specialmente nei discorsi dei cultori di diritto internazionale. Avverto, poi, che, per scorrevolezza della esposizione, il più delle volte ometterò di fare ricorso all'aggettivo qualificativo considerandolo implicitamente apposto.

Dal mio punto di vista, peraltro, anche i diritti umani sono, *in nuce*, provvisti dell'attributo della "fondamentalità", nell'accezione evocata dal termine, che rimanda appunto a ciò che sta a "fondamento" della organizzazione dello Stato o di altro ente; e, proprio perché "fondamentali", i diritti in parola sono "invulnerabili", secondo la qualifica loro riconosciuta dalla nostra Carta costituzionale (e da altre Carte). L'"invulnerabilità", insomma, è una conseguenza della "fondamentalità" e comporta alcuni effetti suoi propri, tra i quali quello della refrattarietà delle norme che danno il riconoscimento dei diritti in parola ad essere oggetto di abrogazione "secca" o l'altro del peculiare trattamento ad esse riservato in sede giurisdizionale, secondo quanto si tenterà di mostrare meglio, per taluni aspetti, tra non molto.

<sup>4</sup> "Democratici" infatti si sono autodefiniti (e si autodefiniscono) non soltanto regimi illiberali (e, anzi, antiliberali), riconducibili alla forma di Stato autoritario, nelle sue plurime varianti, ma anche quelli d'ispirazione marxiana, un tempo qualificati di "democrazia progressiva", nei quali pure nondimeno l'affermazione di una tutela "effettiva" dei diritti suonava come una beffarda mistificazione [sul rischio sempre incombente della degenerazione delle democrazie, in ispecie della loro conversione in "democrazie", v., spec., A. SPADARO, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla... "democrazia"*, in *DPCE On Line*, 3/2020, 3875 ss., e A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e "costituzionalismo"*, in *Scritti in onore di F. Lancaster*, I, a cura di G. CARAVALE, S. CECCANTI, L. FROSINA, P. PICIACCHIA, A. ZEI, Napoli, 2022, 489 ss. Opportuni rilievi, nel corso del nostro convegno, spec. nelle relazioni di G. CORSO, *L'Europa tra democrazia liberale e democrazia illiberale*, e G. GRASSO, *Crisi pandemica e regressione democratica*].

sensibilmente diverse ma anche “gradi”, per dir così, di riconoscimento e di tutela parimenti diversi, al punto che seguitare a fare un discorso unitario, privo delle opportune specificazioni e precisazioni concettuali, appare dotato di mediocre capacità sistematica e qualificatoria, accomunandosi in un unico schema teorico “cose” eterogenee per forma e qualità.

Certo, è innegabile la esistenza di un “nucleo duro” che con costanza di caratteri si rinviene in ogni esperienza storico-positiva d’ispirazione liberale; e, se così non fosse, sarebbe del tutto improprio l’utilizzo dell’etichetta della “liberal-democrazia” che pure figura nei nostri discorsi di oggi. E, tuttavia, attorno a questo “nucleo” si dispongono materiali non poco consistenti che danno alla figura di riferimento un aspetto complessivamente peculiare, secondo quanto è peraltro avvalorato dal nostro confronto riferito a due Paesi dalle tradizioni costituzionali sensibilmente diverse.

Puntando ora specificamente l’attenzione sui diritti, lo studio che li ha ad oggetto oscilla esso pure tra due poli, emblematicamente evocati dal titolo dato alla nostra sessione di lavoro: il riconoscimento normativo e l’effettività della tutela. Un titolo, per vero, suggestivo ma anche – a me pare – polisemico, sì da richiedere talune precisazioni di non poco rilievo su entrambi i fronti.

Lo spazio concessomi non mi consente ora di far luogo ad un’analisi sufficientemente approfondita; mi limiterò, pertanto, a rappresentare talune notazioni essenziali in relazione ad alcuni nervi scoperti (e dolenti) della teoria costituzionale.

## 2. *I c.d. “nuovi” diritti e la micidiale questione teorica relativa all’accertamento della loro “fondamentalità” ed alle sedi istituzionali in cui esso può aver luogo (modello ed esperienza a confronto)*

Con riguardo al primo punto, la questione del riconoscimento si pone in termini particolarmente pressanti non tanto (o non solo) in relazione a diritti dalle antiche e solide radici nei Paesi di tradizioni liberali, dei quali è fatta dunque parola già nelle Carte costituzionali di fine Settecento e primo Ottocento, quanto (e soprattutto) per i c.d. “nuovi” diritti, ad oggi privi di esplicito riscontro in molte Carte costituzionali, tra le quali la nostra, venute alla luce all’indomani della immane tragedia della seconda grande guerra. Non è, per vero, senza significato che ad essi sia data l’opportunità di rispecchiarsi in documenti materialmente (o – come preferisce dire la giurisprudenza costituzionale<sup>5</sup> – *tipicamente*) costituzionali, quali sono le Carte internazionali e sovranazionali dei diritti (e,

<sup>5</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Corte costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 269: una pronunzia – come si sa – molto discussa (e, invero, discutibile), cui qui pure si farà più avanti cenno in relazione alla vessata questione della intensità della tutela dei diritti in ragione delle sedi processuali e delle tecniche di risoluzione delle controversie da queste adottate per farla valere.

specificamente, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo); e, tuttavia, la circostanza per cui in alcune Costituzioni statali non se ne faccia esplicita parola non resta priva di conseguenze, sol che appunto si voglia ammettere il giuridico rilievo dei riconoscimenti testuali.

Il *punctum dolens* della questione oggi nuovamente discussa è dato dalle incertezze che potrebbero aversi (e non di rado si hanno) per ciò che attiene ai diritti che possono propriamente fregiarsi del titolo della “fondamentalità”, laddove non sia stato dato al momento del varo della Carta costituzionale, sì da meritare appunto di essere recepiti nell’ordinamento e di potersi quindi affermare nell’esperienza<sup>6</sup>.

Do qui per acquisito l’esito teorico-ricostruttivo di una questione un tempo animatamente discussa, vale a dire che la Costituzione non *constituisce* bensì, appunto, *ricosce* i diritti fondamentali. Ciò che è, nella sua ristretta e propria accezione, “fondamentale” non può presentarsi come espressivo di un atto di volontà sovrana che appunto lo crea *ex nihilo* e impone; piuttosto, preesiste alla volontà stessa e, in un certo senso, la sovrasta, obbligandola a darvi il “riconoscimento” (in senso stretto), a pena di contraddire se stessa, vale a dire la complessiva conformazione del fatto costituente d’ispirazione liberale<sup>7</sup>.

Ciò che preesiste alla sua positivizzazione è, nondimeno, nascosto negli strati più profondi del corpo sociale. I diritti fondamentali sono infatti diffusamente ed intensamente avvertiti dalla comunità che per essi non poche volte si è battuta con vigore, mostrandosi pronta a pagare anche un duro prezzo in termini di vite umane sacrificate in vista del raggiungimento della meta del loro riconoscimento. Non a caso, d’altronde, i “vecchi” diritti hanno una lunga storia di rivoluzioni fatte dal popolo in armi, di “lotte per la Costituzione”<sup>8</sup>, quale documento avente proprio nel riconoscimento dei diritti stessi il suo cuore pulsante<sup>9</sup>. I “nuovi” diritti, invece, seppur ugualmente radicati nel corpo sociale ed intensamente avvertiti da quanti lo compongono, attendono il loro disvelamento, la “*inventio*”,

<sup>6</sup> A conferma, poi, del rilievo teorico-pratico assunto dalla questione, si pensi solo al fatto che, una volta acquisito che certi diritti (“nuovi”) sono essi pure fondamentali, ad essi è dato di partecipare ad armi pari coi “vecchi”, espressamente riconosciuti, ad operazioni di bilanciamento, assiologicamente ispirate, secondo i casi.

<sup>7</sup> Di qui lineare discende la conseguenza, a riguardo della quale G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, secondo cui l’unico, vero detentore della sovranità è la Costituzione in senso oggettivo, appuntandosi essa nei valori fondamentali quali resi palesi dai principi di base dell’ordinamento, nonché dalle norme che ne danno la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione.

<sup>8</sup> Su di che, per tutti, M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2/1996, 293 ss.

<sup>9</sup> ... secondo quanto peraltro è mirabilmente attestato dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, laddove – come si sa – si rinviene proprio nei diritti in parola e nella separazione dei poteri i due elementi costitutivi della Costituzione, il secondo dei quali peraltro si pone – com’è noto – in funzione servente del primo: il tratto più genuinamente espressivo, ieri come oggi, della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome.

se così può dirsi, riprendendo un termine particolarmente significativo nella tradizione romanistica e da questa riferito a quanto appunto attende di essere portato alla luce ed opportunamente esplicitato<sup>10</sup>. Si tratta, quindi, di stabilire come ciò possa aversi in modo adeguato.

Muovo qui pure dall'idea, altrove argomentata<sup>11</sup>, secondo cui i diritti fondamentali, vecchi o nuovi che siano, si pongono quali *bisogni elementari dell'uomo il cui appagamento è condizione di un'esistenza libera e dignitosa*<sup>12</sup>. Chiaramente, ciascuno dei termini di cui questa definizione si compone richiederebbe di essere spiegato; la qual cosa, tuttavia, obbligherebbe a complesse ed impegnative analisi teoriche<sup>13</sup> comportanti una marcata e lunga deviazione dal solco tracciato per questo studio, qui per evidenti ragioni d'impossibile realizzazione.

Il vero è che, al fine di fuggire – per quanto possibile – il rischio di indebite omissioni o parimenti indebite previsioni, occorre fare riferimento a quelle che a me piace chiamare *consuetudini culturali* di riconoscimento dei bisogni in parola diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale. Oltre tutto, per ciò che è qui di specifico interesse, dando voce ai bisogni stessi si rende salda l'aspettativa in ordine all'inveramento nell'esperienza degli enunciati che li riguardano, e perciò si hanno le migliori garanzie in merito alla loro effettiva osservanza, in una misura dunque complessivamente apprezzabile.

Si tratta quindi di stabilire quale sia la sede istituzionale maggiormente attrezzata allo scopo e il modo giusto di far luogo al riconoscimento in parola.

Ora, plurime ragioni depongono, a mio modo di vedere, a favore della sede parlamentare e dello strumento della legge costituzionale: il solo atto di potere costituito abilitato ad incidere sulla manifestazione genuina ed immediata di potere costituente, la Costituzione, variamente innovandovi<sup>14</sup>, specie per ciò

<sup>10</sup> Nella nostra dottrina si è particolarmente rifatto a questa tradizione con personale rielaborazione P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

<sup>11</sup> Ho cominciato a discorrerne nel mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2016, 30 giugno 2016, 263 ss., nonché in *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. BALDINI, Napoli, 2017, 337 ss., sforzandomi quindi di precisare meglio la ricostruzione ivi prospettata in altri luoghi di riflessione scientifica, tra i quali, di recente, *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2/2022, 12 luglio 2022, 25 ss., spec. 36 ss.; nell'opera coll. sopra richiamata possono peraltro vedersi contributi teorici di diverso orientamento.

<sup>12</sup> Riprendo – come si vede –, generalizzandoli, termini attinti dalla nostra Carta e da questa utilizzati con specifico riguardo alla entità della retribuzione per il lavoro prestato.

<sup>13</sup> ... in specie, per ciò che può propriamente intendersi per "libertà" e "dignità" nel corso della esistenza umana.

<sup>14</sup> ... nei limiti – secondo dottrina e giurisprudenza correnti – stabiliti per la revisione costituzionale, quali linearmente ed esclusivamente discendenti dai principi fondamentali. A mia opinione, tuttavia, questi ultimi non soltanto non restano insensibili alla revisione stessa ma – di più – al ricorrere di talune circostanze sollecitano essi stessi di essere adeguati a sopravvenienti bisogni, secondo quanto peraltro è attestato dalla recente modifica posta in essere nei riguardi degli artt. 9

che attiene alla essenza stessa della materia costituzionale, ai diritti fondamentali appunto.

D'altro canto, la procedura aggravata prescritta per la formazione degli atti di forma costituzionale<sup>15</sup> è la migliore garanzia di cui si dispone in ordine al giusto riconoscimento dei nuovi diritti, se non altro per la maggiore ponderazione che è insista nel *quorum* stabilito per la venuta alla luce degli atti stessi che verosimilmente prelude alla condivisione dei loro contenuti da parte delle forze politiche di opposto schieramento rappresentate in seno alle assemblee elettive e – ciò che qui più importa – alla loro rispondenza alle consuetudini culturali suddette<sup>16</sup>.

Alle indicazioni date *per essentialia* dalla legge costituzionale, conformemente alla natura ed al modello di struttura nomologica tipici di questa, dovrebbero quindi far luogo – come si è mostrato altrove – ulteriori svolgimenti ad opera della legge comune, essi pure nondimeno offerti da enunciati contenuti per estensione e duttili per sostanza normativa, sì da prestarsi quindi alle loro opportune specificazioni ed attuazioni in ragione dei peculiari, complessivi connotati dei casi, ad opera degli organi dell'esecuzione, in ispecie dei giudici.

Tengo qui pure a rimarcare il ruolo di non secondario rilievo giocato al riguardo da questi ultimi, col fatto stesso di essere chiamati – per il modello qui sommariamente raffigurato – non semplicemente a far luogo all'*applicazione* delle indicazioni somministrate dal legislatore bensì – di più – alla loro *attuazione*, a mezzo di regole prodotte in relazione alle singole questioni processuali portate alla loro cognizione.

Come si vede, per il modello in parola si vorrebbe un ruolo forte del legislatore prima e un ruolo non meno forte dei giudici poi, l'uno e l'altro idoneo a prendere varie forme a seconda dei diritti in relazione ai quali si fanno valere e del contesto in cui si avvia e svolge il processo, internamente articolato e composito, di produzione giuridica.

In realtà, di contro, il modello stesso è largamente “saltato”, a motivo del fatto che il legislatore costituzionale è venuto largamente meno al compito al quale era chiamato, nel mentre il legislatore comune, pur laddove è intervenuto

---

e 41 della Carta [maggiori ragguagli sul punto di cruciale rilievo possono, volendo, aversi dal mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.].

<sup>15</sup> ... in merito alla quale, di recente, acuti rilievi in A.I. ARENA, *Libertà e pluralismo nella formazione delle leggi costituzionali*, Napoli, 2021.

<sup>16</sup> Naturalmente, non può escludersi che in occasione della formazione di una legge costituzionale si registri una spaccatura tra le forze politiche presenti in Parlamento. È pur vero però che non dovrebbe aversene riscontro – perlomeno secondo modello – con riguardo appunto al *riconoscimento* (nella sua ristretta e propria accezione) dei diritti fondamentali, mentre è ben possibile che le divisioni di schieramento tornino a presentarsi al momento della individuazione, per mano del legislatore comune, dei modi con cui darvi appagamento, secondo quanto si passa subito a dire nel testo. In ogni caso, com'è chiaro, strumento migliore di quello di forma costituzionale non si ha al fine di apprestare la prima ed essenziale disciplina del cuore pulsante della materia costituzionale, i diritti fondamentali.

(e non sempre si è avuto e si ha), ha esibito diffuse e gravi carenze, dando proprio sul terreno della disciplina dei diritti testimonianza di quella annosa e forse ormai irreversibile crisi di identità che affligge la rappresentanza politica (*rectius*, la rappresentatività), su cui – come si sa – è scorso un fiume d'inchiostro<sup>17</sup>.

Di qui, poi, la innaturale chiamata in sussidiarietà dei giudici, obbligati a farsi carico di un ruolo che, in prima battuta, come si è veduto, non dovrebbe loro competere, ponendo mano alla intera regolamentazione dei diritti, dandone cioè dapprima il riconoscimento e poi la tutela, peculiare di ciascun diritto e di ciascun caso.

Lo squilibrio istituzionale che è conseguito (e seguita a conseguire) allo stato di cose qui sommariamente descritto<sup>18</sup> non è senza conseguenze al piano della organizzazione in genere e, di riflesso, delle dinamiche che al suo interno si impiantano e svolgono.

Di recente, una sensibile dottrina ha discusso di “democrazia giurisdizionale”<sup>19</sup>. Mi chiedo, però, quanta democrazia *tout court* possa aversi in contesti segnati dallo squilibrio istituzionale cui si è appena fatto cenno, tanto più se si conviene – come devesi convenire – che quella rappresentativa resta pur sempre – piaccia o no – la forma di democrazia ad oggi meno imperfetta inventata dall'uomo per dar modo al popolo di governare e al valore che sta a base della organizzazione della comunità statale<sup>20</sup> di potersi affermare, nei limiti segnati dalla Costituzione e dalle condizioni oggettive di contesto.

3. *La centralità del ruolo dei giudici e la “misura” della effettività della tutela in ragione dei modi con cui essa risulta distribuita tra le sedi in cui si amministra giustizia e delle tecniche decisorie allo scopo messe in atto (esemplificazioni con riguardo al versante dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario ed alla tecnica delle decisioni in due tempi inaugurata dal giudice costituzionale in Cappato)*

Centrale è, dunque, il rilievo giocato dai giudici non soltanto al fine di offrire ai diritti la tutela in misura viepiù crescente attesa ma anche (e prima ancora) – come si è venuti dicendo – di darne il riconoscimento, definendone quindi lo statuto complessivo<sup>21</sup>. Ciascun giudice, poi, a seconda del *munus* che gli è proprio e del livello ordinamentale in cui esso è esercitato è chiamato a dare il proprio concorso alla realizzazione di un compito così gravoso, impegnativo e non di rado sofferto.

<sup>17</sup> Sulla questione, nondimeno, si tornerà sul finire di questa riflessione.

<sup>18</sup> ... a riguardo del quale ho avuto modo, ancora non molto tempo addietro, di svolgere alcune precisazioni cui pure qui rimando [v., dunque, volendo, il mio *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, cit., 25 ss.].

<sup>19</sup> L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021.

<sup>20</sup> ... al quale, non a caso, da noi è fatto richiamo nel disposto iniziale della Carta, ferma, ad ogni buon conto, la giuridica parità che è propria di tutti i valori fondamentali cui la Carta stessa dà voce.

<sup>21</sup> In argomento, in occasione dei nostri lavori, v., part., A.M. SANDULLI, *Effettività della tutela tra fonti normative e interpretazione giurisprudenziale*.

Sarebbe tuttavia ingenuo e, a dirla tutta, insensato pensare di poter fare una graduatoria tra chi dà di più e chi di meno alla costruzione dell'edificio comune. Non può, però, tacersi che, a seconda della sede istituzionale e delle tecniche retorico-argomentative e decisorie poste in essere per la soluzione dei casi, varia la misura della tutela e, dunque, della effettività della stessa.

Il punto merita una speciale attenzione, avvalorando l'idea che seguitare a discorrere in modo indistinto della effettività della salvaguardia dei diritti, senza precisarne appunto il grado o la intensità, è operazione teorica imprecisa e, se posso esprimermi con franchezza, alquanto rozza. È pur vero, comunque, che i giudici si dispongono tutti in uno stesso circuito, variamente influenzandosi a vicenda e dando vita ad orientamenti giurisprudenziali bisognosi di alimentarsi costantemente e copiosamente l'un l'altro. D'altronde, se è vero che è soprattutto in sede giurisprudenziale che si forma ed incessantemente rinnova il c.d. "diritto vivente", così come la Costituzione, al fine della propria messa a punto ed incessante rigenerazione semantica, ha bisogno di integrarsi con altre Carte nei fatti interpretativi<sup>22</sup>, parimenti è per le giurisprudenze quali sedi elettive della conversione del diritto vigente in vivente. Ed è chiaro che in siffatto "dare-avere", specificamente apprezzabile al piano culturale, non è agevole stabilire quale sia l'entità del contributo offerto dai singoli operatori di giustizia, fermo restando che la costruzione è pur sempre il frutto di un apporto corale, fattivo, particolarmente rilevante. È ovvio che non infrequenti sono le occasioni di divergenze ed anche di aspri conflitti tra le Corti; il raffronto dei punti di vista è, comunque, salutare e, per effetto degli sforzi argomentativi prodotti, alla lunga porta a convergenze e talora persino alla sostanziale identità dei punti stessi, con beneficio tangibile per i diritti e per coloro che ne sono portatori<sup>23</sup>.

In questo quadro, cruciale rilievo hanno la tipologia e gli effetti delle tecniche decisorie, con riflessi immediati – per ciò che è qui di specifico interesse – per la intensità della tutela, la misura cioè della sua effettività.

Un paio di esempi soltanto, per maggior concretezza del discorso, con riferimento a vicende peraltro assai note e discusse.

Si consideri, dunque, la vessata questione relativa alla risoluzione delle antinomie tra norme legislative interne e norme della Carta dei diritti dell'Unione europea (e/o norme a questa *quodammodo* "connesse"), con specifico riguardo ai casi di "doppia pregiudizialità" e all'ordine logico e cronologico in cui l'una si pone rispetto all'altra, alla luce delle indicazioni venute da Corte cost. n. 269 del 2017, con le non secondarie

<sup>22</sup> Così, quasi testualmente, secondo Corte costituzionale, 22 ottobre 1999, n. 388, seguita da altre pronunzie, tra le quali la 30 aprile 2021, n. 84 e la 13 giugno 2022, n. 145.

<sup>23</sup> Non è casuale che sia col tempo sempre più cresciuto il rilievo della comparazione giuridica: testimonianza inequivocabile della naturale, irrefrenabile tendenza ad abbattere artificiose barriere al fine di assicurare ai diritti un livello accettabile di salvaguardia (in tema, per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Constitutional law and the comparative method*, in *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, a cura di J. CREMADES, C. HERMIDA, Cham, 2021, 1 ss.).

“precisazioni” datevi da alcune note pronunzie del 2019 (a partire dalla 20) e da altre ancora (da ultimo, sent. n. 149 del 2022), in forza delle quali il giudice sarebbe libero di scegliere a quale questione pregiudiziale accordare la precedenza, senza peraltro escludere la eventualità del loro congiunto e simultaneo esercizio.

Non intendo riprendere ora neppure in sunto i termini essenziali del confronto teorico che ha accompagnato gli sviluppi dell’indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla pronuncia del 2017, un confronto – come si sa – particolarmente animato ed al quale ha partecipato una nutrita schiera di studiosi di vario orientamento. Mi limito qui solo a ribadire due cose, a mia opinione meritevoli di essere tenute particolarmente presenti.

La prima è che non vedo come non dare la precedenza alla questione “comunitaria” per il caso che il significato del disposto sovranazionale si presenti oscuro o, come che sia, appannato agli occhi dell’operatore nazionale, al punto da non sapere neppure se ricorrano le condizioni per la eventuale prospettazione di una questione di costituzionalità che lo riguardi<sup>24</sup>. A seconda, poi, delle indicazioni ricevute dalla Corte dell’Unione, potrà (e dovrà) aversi la immediata “non applicazione” della norma interna, accompagnata dalla immediata applicazione di quella sovranazionale *self-executing* con la prima in tesi incompatibile, ovvero la presentazione di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la stessa norma interna (per il caso di antinomia con norma eurounitaria non immediatamente applicabile) o, ancora, avente ad oggetto la norma sovranazionale (per il tramite della legge di esecuzione) sospetta di recare un *vulnus* ai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale<sup>25</sup>.

La seconda è che sia la tecnica decisoria dell’annullamento, vigorosamente caldeggiata dalla Consulta<sup>26</sup>, sia l’altra della “non applicazione” da parte del singolo operatore di giustizia, a cui favore mi sono ripetutamente dichiarato, presentano obiettivamente

<sup>24</sup> ... tanto, in via ordinaria, quale parametro, quanto (eccezionalmente) quale oggetto del sindacato di costituzionalità, ovviamente per il tramite della legge di esecuzione della fonte sovranazionale, facendosi valere nei suoi riguardi l’arma dei “controlimiti”.

<sup>25</sup> Si è fatto al riguardo altrove notare che i “controlimiti” (in merito ai quali, per tutti, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, e D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell’Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021) possono entrare in campo e farsi valere non già per il mero fatto della incompatibilità di norma sovranazionale con questo o quel principio fondamentale bensì unicamente laddove l’incompatibilità stessa comporti un costo per i principi (nel loro fare “sistema”) maggiore di quello dei benefici che possono aversi per effetto dell’applicazione della norma stessa in ambito interno. È infatti da mettere in conto l’eventualità che la disciplina avente origine esterna (sovranazionale o internazionale che sia), per un verso, si mostri in conflitto con un principio fondamentale e però, per un altro verso, si disponga al servizio della tavola dei principi nella sua unità significativa. Ed è chiaro che, in una congiuntura siffatta, dovrà – come di consueto – farsi luogo ad un’operazione di “bilanciamento” su basi di valore tra costi e benefici conseguenti all’efficacia della normativa in parola.

<sup>26</sup> ... malgrado le aperture fatte (specie a partire dal 2019) a beneficio degli operatori nazionali in ordine alla precedenza da accordare all’una ovvero all’altra specie di pregiudizialità.

vantaggi ed inconvenienti<sup>27</sup>; e, tuttavia, far dipendere unicamente dalla loro reciproca ponderazione la scelta per l'una o l'altra è, a mio modo di vedere, praticamente sterile e – ciò che maggiormente importa – metodicamente e teoricamente scorretto.

È l'una cosa, per il fatto che costi e benefici, a conti fatti, si equivalgono, di modo che l'opzione finisce con il porsi quale il frutto di una personale inclinazione del singolo giudice<sup>28</sup>.

È l'altra cosa, se si conviene (e, a mia opinione, non può non convenirsi) a riguardo del fatto che la tecnica della “non applicazione” è l'*unica* a discendere in modo lineare e diretto dall'art. 11 della Carta, nella lettura ormai invalsa, con riguardo ad *ogni* caso di antinomia coinvolgente norma sovranazionale *self-executing*, una lettura alla cui affermazione – è bene non dimenticare – la stessa giurisprudenza costituzionale ha dato, a seguito di una lunga e travagliata elaborazione, il proprio fattivo, decisivo apporto. Ebbene, la tecnica in parola non è una sorta di *optional* – come, invece, parrebbe dare ad intendere la Consulta – che, peraltro, il medesimo operatore di giustizia potrebbe utilizzare in un caso e, senza neppure spiegarne la ragione, non utilizzare in un altro (segnatamente, laddove sia evocata in campo norma della Carta di Nizza-Strasburgo e persino di altra fonte a questa *quodammodo* funzionalmente “connessa”<sup>29</sup>).

Il vero è che, dopo aver demandato ai giudici comuni la soluzione di talune specie di antinomie tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurou-

<sup>27</sup> A favore del sindacato della Consulta milita principalmente l'argomento secondo cui lo stesso – si suole dire – serve meglio la causa della certezza del diritto e porta alla caducazione della norma invalida con effetti *erga omnes*. Si può, tuttavia, opporre un rilievo che ho più volte affacciato e che induce ad identificare la certezza del diritto con la effettività della tutela apprestata ai diritti, l'una infatti risolvendosi nella seconda e, comunque, ponendosi quale valore fondamentale dell'ordinamento proprio per il ruolo servente giocato a beneficio dei diritti stessi. D'altro canto, è sì vero che il carattere generale degli effetti propri delle decisioni ablativo del tribunale costituzionale è una risorsa preziosa; e, tuttavia, l'argomento prova troppo, dal momento che, spinto fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, dovrebbe portare alla esclusione della tecnica della “non applicazione” *per ogni caso* di antinomia interordinamentale. Ciò che, tuttavia, non può aversi e non si ha, la stessa Consulta dichiarandosi pronta a conoscere unicamente delle specie di antinomie cui si riferisce la 269 del 2017. Non si trascuri, infine, la circostanza per cui la tecnica dell'immediata applicazione della norma sovranazionale al posto di quella interna con essa incompatibile presenta l'innegabile pregio della immediata risoluzione della controversia, senza ulteriore dispendio di energie e di tempo, confermando pertanto la regola secondo cui la prima delle sedi in cui va offerta tutela ai diritti – com'è stato, non molto tempo addietro, opportunamente rammentato da un'accreditata dottrina (R. BIN, *Chi è responsabile delle “zone franche”?*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2017, 152) – è quella in cui si amministra la giustizia comune. Ad ogni buon conto, ciò che ai miei occhi appare risolutivo è l'argomento che si passa subito a rappresentare nel testo.

<sup>28</sup> Il punto è molto importante, se si considera che numerosi tentativi sono stati fatti da una generosa dottrina al fine di stabilire quali criteri dovrebbero presiedere alla scelta. Sta di fatto, però, che né di essi si fa parola alcuna in diritto positivo né – ciò che, a conti fatti, più importa – ne fa la giurisprudenza costituzionale fin qui maturata.

<sup>29</sup> ... una “connessione” lasciata peraltro largamente indeterminata e rimessa ad occasionali

nitario ed essersi deliberatamente esclusa dal “dialogo” diretto con la Corte dell’Unione<sup>30</sup>, il nostro giudice costituzionale ha fatto opera di pentimento, mettendo in atto un’articolata e complessa manovra di “riaccentramento” – com’è usualmente chiamata<sup>31</sup> –, di cui proprio la decisione del 2017 sopra richiamata costituisce, forse, la più emblematica e rilevante testimonianza<sup>32</sup>.

Al di là della soluzione da ciascuno di noi caldeggiata, una cosa è certa; ed è

apprezzamenti dell’operatore di turno in prima battuta e, in ultima istanza, del giudice costituzionale.

<sup>30</sup> Emblematica appare appunto essere la vicenda del rinvio pregiudiziale, conclusasi – come si sa – con un *revirement*, per effetto del quale ormai da anni il nostro tribunale costituzionale si è dichiarato pronto ad avvalersi dello strumento in parola; ciò che – come pure è noto – ha più volte (e ancora di recente) fatto.

<sup>31</sup> *EX plurimis*, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; AA.VV., *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, a cura di G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI, Napoli, 2020; E. MALFAITI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, Torino, 2020, 243 ss.; pure *ivi*, G. CAMPANELLI, A. LO CALZO, *La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, 328 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers* ([www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu)), 19 giugno 2020, 1 ss.; C. PADULA, *Le “spinte centripete” nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Quest. giust.* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 4/2020, spec. 62 ss.; E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, *ibid.*, 89 ss., della quale v., inoltre, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021; M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 305 ss.; G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta sociale europea*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2020, 15 luglio 2020, 146 ss.; A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent’anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; AA.VV., *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, Bologna, 2020; AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 3/2021, 27 gennaio 2021; G. REPETTO, *Dell’utilità per la Corte di giustizia della priorità dell’incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all’irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 6 aprile 2021; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *Eurojus* ([www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it)), 17 maggio 2021 e, se si vuole, i miei *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l’uso*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss.; *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., spec. 468 ss., e, ora, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Dir. comp.* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 2/2022, 9 giugno 2022.

<sup>32</sup> Non minore rilievo è, poi, da assegnare al sostanziale abbandono del limite delle “rime obbligate”, inopinatamente convertite nelle “rime possibili”, come sono state chiamate da attenti commentatori [v., part., S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss. e lo stesso Presidente della Corte G. Amato, nella relazione relativa all’anno 2021. Di “versi sciolti” discorre D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento*

che, diverse essendo le tecniche decisorie (quanto alla sede istituzionale in cui si fanno valere, la loro natura, gli effetti prodotti), parimenti diversa non può che essere la misura della effettività della tutela assicurata ai diritti: una conferma *per tabulas* – come si vede – del bisogno di declinare al plurale il termine che figura nel titolo della nostra sessione di lavoro.

Questa conclusione è, poi, da tener ferma anche per il caso, su cui ora non indugio, che un'antinomia interordinamentale in genere sia risolta (*rectius*, prevenuta) a mezzo della tecnica decisoria della interpretazione conforme, in occasione della cui messa in atto si ha, ancora una volta, riprova del ruolo di cruciale rilievo giocato dai giudici comuni (qui, con l'incoraggiamento venuto dallo stesso tribunale costituzionale)<sup>33</sup>, così come peraltro la si ha per effetto di utilizzi (a volte, per vero, forzosi o, come che sia, inappropriati) di altre tecniche

---

della giustizia costituzionale in Italia, cit., 101 ss.; di “rime libere” A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., nonché *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it, 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss. A giudizio di M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 58 ss., si sarebbe, invece, in presenza di un mero “allentamento” del vincolo discendente dalle rime obbligate; cfr. nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 94 ss.].

È pur vero, nondimeno, che il giudice costituzionale mette in atto una tecnica, altrove definita di *stop and go* (così nel mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, 2/2022, spec. 329 ss.), ora portandosi dentro il campo riservato al legislatore ed ora invece ritraendosi, in nome del rispetto del discrezionale apprezzamento proprio di quest'ultimo (ad es., di recente, Corte costituzionale, 8 luglio 2022, n. 171, e 14 luglio 2022, nn. 176 e 177), senza che peraltro sia del tutto chiara la ragione che sta a base della scelta nell'uno ovvero nell'altro verso fatta.

<sup>33</sup> Che poi dello strumento in parola a volte non si sia fatto (e non si faccia) buon uso, ora per difetto ed ora per eccesso, è, ovviamente, da prendere in considerazione; non v'è tuttavia da farsene meraviglia, dovendosi pur sempre mettere in conto che si abbiano delle deviazioni dai canoni in sede d'interpretazione, sia o no conforme. A volte, si registra nei fatti persino il ribaltamento su se stesso dello schema della interpretazione conforme, adattandosi i contenuti della Costituzione (e, in genere, delle fonti assunte a parametro, specie internazionali e sovranazionali) a quelli della legge, in vista della loro forzata riconciliazione. Ed è chiaro che altro è la circolarità del percorso interpretativo, secondo la mirabile intuizione che era già nella *Theorie der Rechtsquellen* del '29 di A. ROSS, ed altra cosa una ricognizione semantica a senso unico, nei termini appena indicati: un esito, questo, peraltro agevolato dalla formidabile duttilità strutturale dei materiali di cui per norma si compongono gli enunciati della Carta costituzionale (e di altre Carte), a motivo del linguaggio a maglie larghe (e in più punti persino larghissime) con il quale essi si esprimono [sulla lingua della Costituzione, v., spec., G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. CARETTI, R. ROMBOLI, Pisa, 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss. e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss.].

interpretative<sup>34</sup>, quale ad es. quella della selezione del precedente ovvero del suo adattamento interpretativo, dell'autocitazione, e via dicendo<sup>35</sup>.

Sta di fatto che, nel pur encomiabile intento di dare un qualche ristoro a diritti largamente trascurati dal legislatore e vilipesi nell'esperienza, il giudice costituzionale si è trovato col tempo ad allargare sempre di più il ventaglio delle tecniche decisorie di cui dispone e che lo stesso si è largamente forgiato (in aggiunta ai tipi-base dell'accoglimento e del rigetto "secchi"), con ciò stesso rendendo sempre più marcata e vistosa la "supplenza" dallo stesso esercitata nei riguardi di chi è istituzionalmente preposto alla produzione legislativa.

Particolare rilievo va, al riguardo, assegnato alla tecnica della decisione in due tempi – com'è usualmente chiamata –, inaugurata in *Cappato* e più volte messa in atto. Ciò che, tuttavia, inquieta – se posso esprimermi in modo franco (e mi scuso per la pesantezza del linguaggio) – è la disinvoltura e l'improvvisazione esibite in occasione della sua messa in atto, testimoniata ancora di recente dal mancato rispetto del termine annuale dalla stessa Corte fissato per la definizione del caso, prorogato per altri sei mesi (ord. n. 122 del 2022)<sup>36</sup>. Il rischio della perdita (o, quanto meno, di un calo vistoso) di credibilità per la Corte mi parrebbe innegabile...

Insomma (e senza dilungarsi, ora, in altri esempi che pure potrebbero agevolmente addursi), si è ormai perfezionata (o, diciamo pure, è in via di compiuta maturazione) la parabola di un giudizio obbligato secondo modello a restare entro i confini della *validità*, sia pure nei tratti complessivamente peculiari che gli sono propri e che lo distinguono dai giudizi posti in essere presso le sedi in cui si

---

<sup>34</sup> Dei casi non infrequenti di eccesso di potere giurisdizionale tratta ora P. BONINI, *La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2022, 19 settembre 2022, 980 ss. Una questione, questa, che – come si viene dicendo – si presenta in forme particolarmente gravi in relazione alle pronunzie del giudice costituzionale.

<sup>35</sup> Tecniche – rammento qui di sfuggita – di cui fanno largo uso anche altri giudici, quali le Corti europee e, per ciò che qui più da presso importa, la Corte costituzionale, di cui rende eloquente testimonianza la parte motiva delle decisioni adottate, specie in relazione alle questioni maggiormente complesse e spinose (in tema, v., almeno, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino, 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996. Un raffronto con le tecniche interpretative e argomentative di *common law*, può vedersi in V. VARANO, *Regola del precedente, overruling, giustizia predittiva*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI, Pisa, 2020, 173 ss.; pure *ivi*, V. FREDIANELLI, *L'uso del precedente interno da parte della Corte suprema statunitense: la vicenda del prospective overruling*, 221 ss., e V. BARSOTTI, *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*, 245 ss.; infine, G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020).

<sup>36</sup> Su questa anomala vicenda, per tutti v. U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre? Sull' "incostituzionalità prospettata": criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2022, 28 giugno 2022, 819 ss.

amministra la giurisdizione comune, e invece convertitosi in uno di *opportunità*<sup>37</sup>, secondo occasionali apprezzamenti che lo stesso tribunale costituzionale riserva in via esclusiva a se stesso e che si giovano poi della formidabile, invalicabile “copertura” offerta dall’ultimo comma dell’art. 137 della Carta. Se ne ha, dunque, una vistosa confusione dei ruoli istituzionali, segnatamente di quelli di direzione politica e di garanzia, con uno scadimento vistoso dei tratti tipici di quest’ultimo che peraltro – per ciò che è qui di particolare interesse – rende alquanto incerta e, diciamo pure, imprevedibile la effettività della tutela assicurata ai diritti, dipendente da contingenti valutazioni del giudice costituzionale e dal modo con cui quest’ultimo calibra i propri interventi volti al sostanziale rifacimento dei testi di legge (sempre che appunto decida di farvi luogo...) in ragione dei casi.

4. *Il modo distorto con cui è usualmente impostata e risolta la questione della effettività della tutela (gli esempi della salvaguardia della salute, specie nel tempo della pandemia da covid-19, e del sovraffollamento carcerario)*

Si ha, dunque, conferma del fatto che la cruciale questione relativa alla effettività dei diritti (e, allo stesso tempo, della democrazia) rimanda, per un verso, ad orientamenti forgiati secondo occasione dal giudice costituzionale, in un contesto nondimeno segnato da un ruolo crescente esercitato da tutti gli operatori di giustizia (nazionali e non), e, per un altro verso, a nodi micidiali della teoria costituzionale ad oggi non sciolti e – è bene averne chiara avvertenza – forse impossibili da sciogliere del tutto, dei quali dunque è realisticamente auspicabile l’allentamento.

Si consideri, a quest’ultimo riguardo, un dato d’immediata evidenza. Al fine, infatti, di stabilire se una previsione normativa sia “effettiva” occorre far luogo dapprima alla ricognizione del significato della stessa, quindi alla osservazione dell’esperienza e, infine, al riporto di questa a quella; e non è chi non veda quante incertezze ciascuna di tali operazioni comporta, tant’è che non infrequenti sono i casi di divergenze degli esiti ricostruttivi.

V’è di più. Come si è già accennato e deve ora precisarsi meglio, si danno non di rado più “gradi” di effettività, tanto più ove si abbia riguardo ai diritti (in ispecie ad alcuni di essi), suscettibili di essere appagati in diversa misura. È chiaro che l’apprezzamento di quest’ultima ha molto di soggettivo; e una tutela da alcuni considerata soddisfacente può non esserlo per altri.

Ancora una volta, tuttavia, l’ordinamento può dare rilievo a pulsioni sogget-

---

<sup>37</sup> Di un sindacato di opportunità discorreva già la dottrina molti anni addietro, senza che ovviamente potesse minimamente immaginare come sarebbe cambiato il sindacato stesso, portando all’effetto di uno squilibrio marcato tra l’“anima” politica della Corte e la sua “anima” giurisdizionale – come si è soliti chiamarle –, a tutto detrimento della seconda.

tive solo fino ad un certo punto, di lì in avanti risultando necessario far luogo a criteri idonei a portarsi oltre le pretese dei singoli al fine di poter pervenire alla chiusura di controversie soggettive e, dunque, all'accertamento della "verità" dei fatti (seppur solo nell'accezione processuale del termine).

Si spiega in questa luce, per un verso, il riconoscimento del diritto al processo, quale diritto strumentale piegato all'appagamento dei diritti – per dir così – sostanziali, che nondimeno può essere fatto valere – come si sa – unicamente fino alla produzione della cosa giudicata<sup>38</sup>.

V'è, poi, da tener conto del fatto che la pretesa soggettiva alla tirannica, piena affermazione di un diritto non può comunque trovare accoglienza, per la elementare ragione che la prospettiva giusta dalla quale i diritti stessi richiedono di essere osservati (e "misurati" nel grado della loro realizzazione) non è quella *atomistica*, che si appunta unicamente sul diritto di volta in volta considerato, bensì l'altra *olistica* o, per dir meglio, *sistemica*, che ha riguardo all'intera gamma dei diritti e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti ed evocati in campo da ciascun caso, interrogandosi se la soluzione apprestata a quest'ultimo risulti idonea a darvi un complessivo appagamento. Il "bilanciamento" – come si è soliti chiamarlo – è la tecnica cui si fa usualmente ricorso al fine della ottimale risoluzione delle questioni portate alla cognizione dei giudici, nell'intento di dar modo alla Costituzione, quale "sistema" di beni riconosciuti meritevoli di tutela, di potersi far valere al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto. E i bilanciamenti, pur quando riescano nel migliore dei modi, comportano pur sempre sacrifici, a volte anche molto consistenti a carico di questo o quel diritto, senza peraltro che resti esclusa la eventualità del pur momentaneo, integrale sacrificio di un diritto per far posto ad altri considerati prioritari ovvero allo stesso diritto di cui si facciano portatori soggetti giudicati maggiormente meritevoli di tutela di altri.

Emblematica, al riguardo, la vicenda di un diritto al quale nel corso dei nostri lavori si è prestata una speciale attenzione, quello alla salute<sup>39</sup>.

Nel momento in cui la pandemia sanitaria che ad oggi ci affligge è esplosa con immediata evidenza, si è avuta chiara percezione del rilievo giocato dalle risorse umane, materiali ed organizzative per l'appagamento del diritto in parola (come pure di altri), in ragione delle condizioni oggettive di contesto. Ciò che, infatti, è considerato sufficiente in situazioni di una sia pur relativa quiete sociale ed istituzionale non lo è più in situazioni "eccezionali"<sup>40</sup> che, pur diverse dalla

<sup>38</sup> Non indugio qui sui casi di revisione del processo (segnatamente in materia penale) che pur tuttavia si pongono quale la classica eccezione che conferma la regola.

<sup>39</sup> Sui limiti patiti dalla tutela di tale diritto per effetto della pandemia, per tutti e di recente, V. MANZETTI, *Il diritto alla salute di genere e la sindrome di Yentl: una fragile "effettività"*, in *Nuove aut.* (www.nuoveautonomie.it), 1/2022, 133 ss.

<sup>40</sup> Su regole ed eccezioni acuti rilievi, di recente, in M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 13 maggio 2022, 59 ss.

rappresentazione datane nella nota teorizzazione schmittiana e ancorché giudicate inidonee a mettere a rischio la identità e continuità della società e dell'ordinamento nel tempo, ugualmente a questi ultimi recano un *vulnus* profondo, pregiudicandone il fisiologico svolgimento, fatto deviare dal suo solco naturale<sup>41</sup>.

Ebbene, mostrando le risorse umane e materiali limiti evidenti di rendimento, le soluzioni concretamente adottate per far fronte alla drammatica situazione determinatasi si sono ad esse giocoforza adeguate e la stessa teoria costituzionale si è trovata obbligata dagli eventi a far luogo a letture riduttive e, a conti fatti, forzose del dettato della Carta.

Così, si è discusso (e si seguita a discutere) in merito ai criteri da mettere in campo per fissare l'ordine delle priorità nei posti di terapia intensiva, già rivelatisi insufficienti nel momento in cui la pandemia ha raggiunto livelli paurosi e che – ahimè – potrebbero nuovamente dimostrarsi troppo esigui<sup>42</sup>.

La questione di fondo non è però quella di stabilire se dare la precedenza a chi arriva prima o a chi ha maggiori aspettative di vita e, in genere, appare essere maggiormente vulnerabile ed esposto. La via diritta tracciata nella Carta costituzionale è, infatti, un'altra, a *tutti* dovendo essere data l'opportunità di farsi curare e, se possibile, di guarire.

L'obiezione corrente che fa capo al *leit motiv* delle risorse limitate sposta innaturalmente il fuoco della questione, non consentendo dunque di metterla sotto la giusta luce e darne il retto inquadramento.

Il vero è, infatti, che le risorse ci sono, quanto meno in Stati come il nostro nei quali la produzione della ricchezza nazionale raggiunge certi livelli<sup>43</sup>. Il punto

<sup>41</sup> Non affronto qui la complessa questione relativa ai segni, numerosi e profondi, lasciati dalla emergenza sanitaria in corso sul corpo della Costituzione e dello Stato costituzionale: segni, a mia opinione, indelebili che parrebbero invero avvalorare il giudizio di quanti si sono dichiarati dell'idea che nella storia della umanità vi sarebbe un prima della pandemia ed un dopo di essa.

<sup>42</sup> È singolare che dalla vicenda gli organi della direzione politica non abbiano tratto – da noi come altrove – il necessario insegnamento, tanto più che è pressoché certo che pandemie quale questa (e, forse, peggiori di essa) se ne avranno anche in futuro e che è pertanto urgente attrezzarsi per tempo al fine di farvi fronte in modo adeguato, dando vita a nuovi ospedali, dotando quelli già esistenti di ulteriori posti di terapia intensiva, aumentando il numero dei posti nei corsi di studio di medicina (e, specificamente, di quelli di specializzazione più direttamente interessati da siffatto tipo di malattia), ecc.

<sup>43</sup> Non è così, invece, come si sa, in altri Paesi che non hanno raggiunto il nostro livello di sviluppo; e, poiché nulla v'è di più “globale” o “globalizzato” di un male che si diffonde senza conoscere confini territoriali, se ne ha che l'unico modo per uscirne o, quanto meno, per contenerne i disastrosi effetti è quello di dar vita ad una efficace organizzazione sovrastatale frutto di un'autentica, fattiva cooperazione tra i Paesi che dispongono delle maggiori risorse e che, anche per loro interesse e non soltanto per spirito di solidarietà, devono renderle disponibili a beneficio di coloro che ne sono dotati in minore misura o, addirittura, che non ne hanno [sulla solidarietà, che per taluno ha da risolversi in vera e propria fraternità, specie nei riguardi dei lontani, acuti rilievi in A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Forum di Quad. cost.* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)); dello stesso, v., inoltre, *Dai*

è che esse sono mal distribuite e male impiegate: a conferma del fatto che il modello liberista ad oltranza richiede consistenti correzioni della sua stessa struttura<sup>44</sup> e che i modi usualmente adottati per la selezione dei governanti hanno essi pure bisogno di un complessivo, radicale ripensamento<sup>45</sup>. Una conclusione, questa, che vale per il diritto ora succintamente preso in esame ma che appare essere generalizzabile in relazione ad ogni diritto che comporta un costo (anzi, per dir meglio, un costo elevato, sol che si convenga che non ve n'è alcuno che ormai non richieda, al fine di essere congruamente appagato, la messa in campo di risorse ora più ed ora meno cospicue<sup>46</sup>).

Si pensi, ad es., alla vessata questione del sovraffollamento carcerario, la cui soluzione – com'è stato egregiamente messo in chiaro<sup>47</sup> – richiederebbe, prima (e piuttosto) che l'adozione di misure, quale quella che vorrebbe esclusa la detenzione in carcere per reati la cui pena è temporalmente ridotta, che incrinano il valore della certezza della pena stessa, con evidente pregiudizio per la legittimazione dei governanti, l'allestimento di nuove strutture di detenzione accompagnato da una più adeguata distribuzione delle stesse sul territorio e,

---

*diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005, e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2011, 6 dicembre 2011; altri riferimenti e indicazioni, di recente, in S. MABELLINI, *Il "radicamento territoriale": chiave d'accesso e unità di misura dei diritti sociali?*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2022, 24 giugno 2022, 792 ss., spec. 815 ss., e G. ALPA, *Note sul principio di solidarietà come principio precettivo nel diritto interno e nel diritto dell'Unione europea*, in *Lo Stato*, 18/2022, 11 ss. Della fraternità ha ripetutamente, approfonditamente trattato F. PIZZOLATO: tra gli altri suoi studi, v. *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012].

<sup>44</sup> Quali, poi, esse possano essere è un interrogativo soffocante al quale qui non può darsi neppure un inizio di risposta.

<sup>45</sup> Torna qui prepotentemente ad emergere l'annosa, irrisolta questione della crisi della rappresentanza politica e, con essa, del modello democratico, fatto oggetto di riduttive e distorte applicazioni [in tema, in occasione del nostro incontro, v., part., B. MERCURIO, *Crisi della rappresentanza ed emersione di nuovi modelli di democrazia deliberativa*; inoltre, di recente, I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss. Si prefigura un rafforzamento della democrazia rappresentativa per effetto di una oculata revisione dei trattati europei S. MANGIAMELI, *La democrazia rappresentativa nell'UE e l'opinione pubblica europea. Problemi e prospettive*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2022, 24 luglio 2022, 293 ss.].

<sup>46</sup> Se ne mostra avvertita la stessa Carta che, per l'immagine che di sé dà a seguito del rifacimento del Titolo V operato nel 2001, ha ormai bandito la risalente, logora, *summa divisio* tra diritti civili e diritti sociali poggiante sul vetusto criterio delle prestazioni, di cui solo i secondi avrebbero bisogno [art. 117, II c., lett. m)]; ed è chiaro che le prestazioni stesse richiedono risorse umane e materiali viepiù costose proprio in situazioni di emergenza.

<sup>47</sup> Raggiugli in A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021; v., inoltre, AA.VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di sicurezza della pena*, a cura di F. CAPRIOLI E L. SCOMPARIN, Torino, 2015.

persino, all'interno di ciascuna di esse, delle sezioni in cui si articolano<sup>48</sup>. E così via per altre questioni di cruciale rilievo ad oggi non risolte: questioni affrontate, al pari di quelle ora esemplificativamente richiamate, con il classico metodo del rammendo posto in essere a “copertura” dei buchi maggiormente vistosi esibiti da un tessuto sociale ed ordinamentale ormai a brandelli, in un clima invelenito da animate discussioni tra gli operatori politico-istituzionali cui sovente assiste inerme una pubblica opinione sempre più sfiduciata, disorientata e soffocata dalle plurime ed ingravescenti emergenze che affliggono gli individui, specie i più deboli ed esposti, e l'intera collettività.

Come si vede, l'effettività dei diritti non è problema solo giuridico; è anche uno – potrebbe dirsi – d'*ingegneria sociale* (e, a volte, d'*ingegneria tout court*), di riordino complessivo della organizzazione volto all'ottimale invero dei valori costituzionalmente positivizzati nel loro fare “sistema”.

5. *L'effettività della tutela: un annoso e inquietante problema che, il più delle volte, può essere affrontato a modo solo attraverso la fattiva e solidale cooperazione degli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea*

L'esempio della pandemia sanitaria è, poi, altamente istruttivo, rendendo sicura conferma della necessità di un poderoso sforzo collettivo prodotto dagli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea, e specificamente mirato a far fronte a talune specie di emergenze ormai endemiche, quale ad es. quella ambientale che, a giudizio di molti, ha ormai superato il punto di non ritorno, sì da potersi solo coltivare la speranza che non s'inasprisca ancora di più, finendo col portare alla distruzione dell'intero pianeta.

Il punto è però che, pur laddove la posta in palio non presenti carattere divisivo tra gli Stati, come appunto si ha in relazione alla salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema che a tutti dovrebbe stare a cuore nell'identica misura, non si riesce ugualmente a superare contrapposizioni di schieramento risalenti e profondamente radicate che ostano alla messa in atto delle misure allo scopo adeguate o, comunque, ne frenano la operatività. Fatica, insomma, a farsi largo

<sup>48</sup> Ovviamente, molto potrebbe servire allo scopo la rimozione della pena perpetua, da sensibili studiosi vigorosamente patrocinata, che tuttavia potrebbe tardare ancora a lungo prima di realizzarsi, in attesa che maturi un convincimento in tal senso diffuso in seno al corpo sociale e tra le forze politiche, di cui francamente non vedo segni concreti ed apprezzabili [in tema, nella ormai copiosa lett., di recente e per tutti, E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e art. 41-bis*, Torino, 2020; D. GALLIANI, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2022, 109 ss.; A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2/2022, 79 ss.; D. MARTIRE, A.R. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Oss. cost.* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 4/2022, 2 agosto 2022, 247 ss.].

e ad affermarsi il diffuso convincimento di doversi lasciare alle spalle antiche divisioni, nondimeno permanenti in relazione alla cura di interessi aventi natura diversa, e fare fronte comune avverso l'incalzare delle emergenze.

Ancora una volta, sono le situazioni straordinarie a portare allo scoperto un fenomeno che, in situazioni di quiete sociale ed ordinamentale, non emerge in tutta la sua cruda, eclatante evidenza.

La guerra in Ucraina ci consegna molti insegnamenti: in primo luogo, a mio modo di vedere, quello per cui la pace è un "bene assoluto" – come ho ritenuto altrove di qualificarlo<sup>49</sup> – ponendosi quale il *prius* logico ed assiologico per il fisiologico svolgimento della vita sociale ed ordinamentale e, dunque, il godimento di molti diritti, a partire da quelli alla vita ed alla dignità della persona umana.

In secondo luogo, ha messo a nudo la strutturale eterogeneità culturale esistente tra Paesi dell'Est e Paesi occidentali, europei e non, che sempre più a fatica, a forza, coabitano nel vecchio continente e nel pianeta, irriducibilmente diversi, persino laddove compartecipi di una stessa organizzazione internazionale o sovranazionale<sup>50</sup>. Le ripetute dichiarazioni d'odio da parte del Presidente Medvedev e di altri esponenti della nomenklatura russa la dicono lunga in merito all'*animus* nutrito nel loro Paese nei riguardi dell'Occidente in genere e di alcuni Stati in ispecie che si trovano nel mirino del regime putiniano. Dal suo canto, l'Ucraina, che giustamente si difende come può dall'invasore, dando mostra di eroico attaccamento alla propria terra ed alla propria identità culturale ed ordinamentale, oltre a reagire agli attacchi subiti con le armi, in esercizio del sacrosanto diritto-dovere di resistenza collettiva, ha posto in essere anche sanzioni francamente illiberali, quale quella di inibire la diffusione nel proprio territorio di scritti in lingua russa, sia se provenienti dal Paese invasore che da altri Paesi, ovvero la esibizione di musicisti che non si siano apertamente dissociati dalla guerra. La qual cosa, per vero, qualche interrogativo lo pone e – come si è tentato di mostrare altrove<sup>51</sup> – dovrebbe forse indurre ad una maggiore cautela prima di spalancare le porte all'ingresso dell'Ucraina in seno all'Unione europea.

La guerra, ad ogni buon conto, disvela l'essere umano nella sua intima natura: vale per l'invasore come pure per l'aggredito e, ancora, per chi è chiamato a rendere testimonianza di fulgida e fattiva solidarietà nei riguardi di quest'ultimo, in ogni forma<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> ... ne *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, Editoriale, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 27 febbraio 2022; cfr. ora, T. GRECO, *Il sogno di Einstein. Una rilettura del pacifismo giuridico*, in *Il Mulino*, 2/2022, 205 ss.

<sup>50</sup> Emblematico l'esempio della Polonia e dell'Ungheria, membri – come si sa – dell'Unione europea unitamente a Paesi di antiche tradizioni di liberal-democrazia.

<sup>51</sup> ... nel mio *Le sanzioni illiberali dell'Ucraina all'invasore russo*, Editoriale, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 21 giugno 2022.

<sup>52</sup> Così, ad es., per quanto riguarda l'assistenza prestata ai rifugiati provenienti dai territori

### Abstract

Lo scritto mette preliminarmente in evidenza come si diano forme e gradi diversi sia di riconoscimento dei diritti che della effettività della loro tutela. Si sofferma quindi sul formidabile problema teorico relativo all'accertamento della loro "fondamentalità" ed alle sedi istituzionali in cui esso può aver luogo, rilevando la centralità del ruolo dei giudici giocato al riguardo. Chiude lo studio una succinta riflessione in merito alla spinosa questione della effettività della tutela, rilevando come quest'ultima il più delle volte richieda la fattiva e solidale cooperazione degli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, tra le quali principalmente l'Unione europea.

#### Fundamental Rights between normative recognition and effective protection

The paper shows the manifold shapes and degrees of recognition and enforcement of rights. The A. reflects upon the giant theoretic problem concerning the qualification of a right as a "fundamental" one, approaching it from the perspective of Institutions and Powers that are involved. To this extent the paper underlines the central role played by Judges. The final part of the paper is dedicated to the tricky issue of effective protection of fundamental rights. To this regard the A. qualifies as a key function the cooperation among States within the sphere of International Community and the role played by International Organizations, above all, the one of the European Union.

---

invasi, in merito alla quale, v., tra gli altri, M. MALVICINI, *Il soccorso e l'assistenza dei rifugiati ucraini in Italia. Una prima lettura dei provvedimenti adottati a livello nazionale*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2022, 24 giugno 2022, 174 ss.

# Norme tecniche e *soft law*

di Giuseppe Tropea

SOMMARIO: 1. Premessa: sui diversi usi del concetto di norma tecnica. – 2. Cenni sul dibattito in tema di *soft law*. – 3. L'ambito regolatorio delle autorità indipendenti e il punto di vista degli amministrativisti. – 4. La parabola normalizzante dell'emergenza nel potere di ordinanza e nei d.p.c.m., e il rinnovarsi dello Stato amministrativo. – 5. Questioni tecnico-scientifiche e rimodulazione dei rapporti legislazione/amministrazione/giudice. – 6. Conclusioni: un problema di rapporti tra settori scientifici disciplinari?

## 1. *Premessa: sui diversi usi del concetto di norma tecnica*

Il dibattito odierno su norme tecniche e *soft law* sottende diverse chiavi di lettura e forse anche diverse sensibilità fra gli interpreti.

Vi sono almeno tre prospettive attraverso cui può oggi guardarsi al rapporto fra diritto a legittimazione politica tradizionale e sapere tecnico/scientifico<sup>1</sup>. Il primo ambito è quello delle procedure di razionalizzazione inserite nei procedimenti di formazione del diritto politico. Il secondo vede una suddivisione degli spazi di normazione tra il circuito politico e quello amministrativo, con sottrazione della regolazione politica determinata dalla tecnica (es. Autorità indipendenti). Il terzo, infine, è quello in cui politica e tecnica si confrontano senza le intermediazioni fornite dai tradizionali schemi di intermediazione normativa, ed emerge più propriamente il tema delle norme tecniche (es. biodiritto, diritto dell'ambiente). In tale contesto, particolare rilievo hanno assunto le norme prodotte da enti ed associazioni private, ai quali si chiede una disciplina uniforme di carattere tecnico in materie nelle quali rilevino specifiche tecniche di prodotti, servizi, processi produttivi. In questo caso si è progressivamente passati, intorno agli anni '80, ad una giuridificazione della norma tecnica attraverso tecniche di rinvio<sup>2</sup>, essenzialmente a causa di esigenze di omogeneizzazione dei prodotti industriali derivate dall'affermazione del principio di libera circolazione all'interno dei Paesi membri dell'UE.

All'interno di questa tripartizione può essere poi effettuata un'ulteriore, più sottile, bipartizione speculativa, che chiama più direttamente in causa il fenomeno della *soft law*.

---

<sup>1</sup> Cfr. E. D'ORLANDO, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE online*, 2021, 353-354; ID., *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessità*, in *Dir. amm.*, 2021, 713 ss.

<sup>2</sup> Sulla rilevanza giuridica della normativa tecnica v. M. GIGANTE, *Norma tecnica*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, vol. IV, 3806 ss.

Quella più *mainstream* è l'impostazione che vede l'ascesa di fonti diverse da quelle primarie e secondarie nell'era della globalizzazione dei mercati e della tecnicizzazione del mondo<sup>3</sup>. È presente in questa lettura la presa d'atto della crisi della legalità in esso insita, e il contestuale tentativo di trovare "freni" all'anti-sovrano<sup>4</sup>, che vanno dalla legalità procedurale al controllo delle corti.

Questo primo punto di vista presuppone un'idea di "norma tecnica" legata all'uso corrente della locuzione, intesa come "normativa tecnica", cioè come insieme di regole che qualificano deonticamente una tecnica o che attuano norme più generali, ossia ne specificano le modalità di esecuzione/applicazione. Dal diritto dell'ambiente<sup>5</sup> a quello dei contratti pubblici, dal digitale alla tutela della salute, come l'emergenza del Covid-19 ci ha drammaticamente mostrato<sup>6</sup>, questo primo punto d'osservazione ha suscitato una serie di questioni, fra le quali anche la disciplina di questi ambiti tramite il ricorso all'incerta e ambigua categoria della *soft law*. In taluni casi, peraltro, anche il tema delicato all'accesso alla giustizia, presidiato dall'art. 24 Cost. e dalla riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost., è stato toccato, nella misura in cui si è intrecciato a taluni scenari innovativi fra quelli sopra indicati, dalla pandemia<sup>7</sup> alla digitalizzazione<sup>8</sup>.

C'è poi la definizione più filosoficamente connotata di "regola tecnica", che si fonda sulla distinzione kantiana tra imperativo ipotetico e imperativo categorico, poi sviluppata dai filosofi analitici<sup>9</sup>, che inquadra le regole tecniche, diverse da quelle categoriche, fra le regole che prescrivono un comportamento in quanto mezzo per perseguire un determinato fine, secondo lo schema: se si vuole Y, si deve X. Questo concetto di regola tecnica, a rigore, si distingue dalle regole tecniche sopra indicate, definibili invece come regole tecnonomiche e come regole tecniche d'attuazione<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> AA.VV., (a cura di) A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.

<sup>4</sup> M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 147 ss.

<sup>5</sup> Cfr. M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, in *Osservatorio sulle fonti* 1996, Torino 1996; Id., *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifica, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, 2020, 3339 ss.

<sup>6</sup> Cfr. 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.

<sup>7</sup> Si pensi alle numerose linee guida, raccomandazioni, indicazioni, che hanno inciso sulla disciplina dei processi. Sul punto cfr. C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del soft law*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 30 giugno 2020.

<sup>8</sup> Si pensi alla spinosa questione della rilevanza delle regole tecniche emanate per mezzo di D.P.C.M. con riguardo alla ammissibilità della notifica a mezzo Pec nel processo amministrativo telematico. Sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Il buono, il brutto, il cattivo: sulla notifica del ricorso a mezzo Pec nel processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 189, in *Giur. it.*, 2016, 1219 ss.

<sup>9</sup> Cfr. ad es. G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008.

<sup>10</sup> Vi sono periodi eccezionali, come quello che viviamo, in cui si verifica una peculiare sovrapposizione fra imperativo categorico e imperativo ipotetico. Rileva N. IRTI, *Viaggio tra gli*

Invero, già Crisafulli parlava di norme tecniche come regole promananti da leggi naturali ed espressive di una «correlazione di fenomeni secondo il principio di causalità»<sup>11</sup>, che si distinguono dalla odierna nozione di norma tecnica come regola giuridica che incide in materia tecnica, soprattutto di stampo economico-finanziario.

A me pare che questa differente modalità d'inquadramento della questione abbia delle importanti conseguenze, anche nel modo in cui le diverse discipline, quella costituzionalista e quella amministrativista, approcciano la coppia concettuale norme tecniche e della *soft law*. A sua volta essa risente di un diverso modo d'intendere i rapporti fra Costituzione e tecnica<sup>12</sup>, secondo prospettive "neutraliste" o funzionaliste da un lato, che rinnovano l'epoca delle neutralizzazioni e spoliticizzazioni schmittiane, o assiologicamente orientate a subordinare la tecnica alla Costituzione dall'altro.

La prima prospettiva, maggiormente presente fra i costituzionalisti, porta sovente ad accedere ad un'idea non tanto di crisi della legge, ma più ampiamente di crisi del diritto come sistema di veridificazione del potere, per dirla con Foucault<sup>13</sup>, e sempre con quest'ultimo ad evidenziare il sistema sapere/potere insito a questi fenomeni<sup>14</sup>, connotando la *soft law* come "resa" del sistema democratico rappresentativo a una serie di ideologie forti, su tutte quella neoliberale dell'effettività<sup>15</sup>, che prevale sul modello kelseniano della validità. Per averne una visione d'insieme, basta leggere la recente strategia di normazione tecnica proposta dalla Commissione UE che delinea l'approccio di questa all'interno del mercato unico e a livello globale, corredata da una proposta di regolamento sulla normazione, al fine di promuovere la competitività dell'UE a livello globale, attraverso un'economia resiliente, verde e digitale e a integrare i valori democratici nelle applicazioni tecnologiche<sup>16</sup>.

---

*obbedienti*, Milano, 2021, 116: «Se il comando ha la semplice natura di imperativo ipotetico (nel senso kantiano), cioè di indicazione di mezzi necessari per raggiungere uno scopo, allora la paura riguarda, a modo d'esempio, un contagio o una contaminazione batterica ecc. Nulla vieta, e anzi questi mesi di ansiosa clausura ne rendono prova, che le prescrizioni mediche siano assunte a contenuto di norme giuridiche, sicché alla paura del morbo si congiunga la paura della sanzione, e insieme conducano all'obbedienza più stretta e trepidante».

<sup>11</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 8-9.

<sup>12</sup> G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 119.

<sup>13</sup> Recentemente richiamato da R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 31.

<sup>14</sup> Per rilievi sulle dinamiche di sapere/potere, e su come i fatti scientifici siano prodotto di ricerche socialmente condizionate piuttosto che oggettive rappresentazioni della natura, cfr. M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, 332.

<sup>15</sup> Sul principio di effettività come grimaldello interpretativo capace di fare affermare la prospettiva assiologica dell'interprete, specie se declinato nel contesto valoriale proconcorrenziale europeo, v. S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 845 ss.; L. NIVARRA, *Dalla «crisi» alla «eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 801 ss.

<sup>16</sup> COM (2022) 31 final, 2.2.2022. La strategia presentata propone cinque linee di intervento

La seconda appare più neutra, in quanto volta a sottolineare le origini della *soft law* nel diritto internazionale e in quello societario, le sue diverse manifestazioni (cd. pre-law, post-law, para-law), i suoi caratteri<sup>17</sup>, e soprattutto a mostrarne la naturale connessione con la “tecnificazione” del mondo e quindi del diritto. Questa prospettiva predilige percorsi di “giustificazione” e indagini sulla “giuridificazione” del fenomeno<sup>18</sup> (e di allontanamento di esso dal modello nichilista alla Irti-Severino<sup>19</sup>, e prima heideggeriano) ad esempio valutando in profondità questi meccanismi come strumenti di riduzione luhmanniana della complessità, e così rileggendo fenomeni come quello delle “norme interne”<sup>20</sup>.

Questo secondo approccio, più diffuso fra gli amministrativisti, sembra assecondare meglio la prospettiva della filosofia analitica sopra richiamata, che non a caso vede nella regola tecnica un sistema defettibile, più trasparente e adatto, proprio in quanto confutabile, ai contesti socioculturali che viviamo, all’insegna del principio di effettività sopra richiamato.

Peraltro, anche il primo approccio favorisce una conclusione di stampo funzionalista e a-valutativo, se inteso nel modo in cui è andato conformandosi negli ultimi decenni di spinto neoliberalismo, in cui l’espressione norma tecnica è stata usata per nascondere la natura ideologica della regola, in vista della creazione della cd. economia sociale di mercato<sup>21</sup>.

---

principali: 1. Prevedere, classificare in ordine di priorità e affrontare le esigenze di normazione in settori strategici (es. normazione per quanto riguarda la produzione di vaccini e medicinali contro la COVID-19, il riciclo delle materie prime critiche, la catena di valore dell'idrogeno pulito, il cemento a basse emissioni di carbonio, la certificazione dei chip e i dati); 2. Migliorare la governance e l'integrità del sistema europeo di normazione; 3. Rafforzare la leadership europea per quanto riguarda le norme globali; 4. Sostenere l'innovazione; 5. Preparare la prossima generazione di esperti nel campo della normazione. Per rilievi critici su queste tendenze, anche se anteriori al documento qui richiamato, v. V.E. FALSITTA, *Tassidermia giuridica e reincarnazione. Riflessioni su tecnica, ordinamento giuridico e fisco*, Milano, 2021

<sup>17</sup> Cfr. M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss.

<sup>18</sup> Tema al quale è stata dedicata un'interessante raccolta di saggi: cfr. AA.VV., *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti e M. Renna, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol. III, Firenze, 2016.

<sup>19</sup> N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001. Più di recente, con una serrata critica alla normazione sul Covid-19, giudicata in contrasto con la “legalità linguistica”, v. N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit.

<sup>20</sup> Cfr. F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020. Cfr. pure, anche in questo caso con richiami a Luhmann, V. BERLINGÒ, *Le proiezioni giuridiche dell'ordinamento interno della Pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, Napoli, 2021, vol. I, 329 ss. Appare emblematico il recente ritorno di interesse degli amministrativisti per il tema delle norme interne: cfr. anche M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne del sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020.

<sup>21</sup> G. SERGES, *Norme “tecniche” e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell'austerità e sull'articolo 81 della Costituzione*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 278.

Proverò a sviluppare nelle pagine che seguono queste due linee di lettura, che, pur apparentemente diverse dal punto di vista prescrittivo e assiologico, finiscono per convergere sull'idea di fondo di una tendenza funzionalista alla amministrativizzazione del diritto e all'amministrazione come creatrice più che esecutrice di norme, un tratto tipico dello Stato amministrativo di schmittiana memoria che oggi mi pare si manifesti con particolare vivacità, nella convergenza tra Stato tardo neoliberale e consolidata tendenza alla stabilizzazione dell'emergenza.

## 2. *Cenni sul dibattito in tema di soft law*

Quanto sopra osservato trova conferma se si dà uno sguardo più approfondito al vivace dibattito in tema di *soft law*.

Come detto, una importante linea ricostruttiva diffusa soprattutto tra i costituzionalisti<sup>22</sup> tende a vedere nella *soft law* una forte connotazione corporativa, che denota un rifiuto della politica. La regolazione “dal basso”, efficacemente definita “piramide rovesciata”<sup>23</sup>, fatta soprattutto di dati scientifici e del mercato, di norme appunto “tecniche”, sarebbe il portato del modello neoliberale della *governance*<sup>24</sup>, che consente la prevalenza degli interessi più forti e organizzati. In questo senso la retorica “soft” maschererebbe pratiche “hard”, particolarmente incisive su diritti e libertà fondamentali<sup>25</sup>.

Si pensi a settori quali l'immigrazione e la sicurezza urbana, nei quali l'ammi-

---

<sup>22</sup> R. BIN, *Soft law, no law*; A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, entrambi in (a cura di) A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit.; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), n. 1/2020, 170 ss. Tale impostazione critica talora viene adesivamente richiamata, salvo poi essere smussata in chiave eminentemente descrittiva da F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020, 279.

<sup>23</sup> A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 2020, 684 ss. Cfr. sul punto anche E. D'ORLANDO, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, cit., 349.

<sup>24</sup> G. SERGES, *Norme “tecniche” e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell'austerità e sull'articolo 81 della Costituzione*, cit., 276; M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 71 ss.; B. PASTORE, *La figura del giurista al tempo del “post-pensiero”*, in *Europa e diritto privato*, 2020, 423 ss. Contestualizza questi fenomeni nella crisi della dicotomia pubblico/privato, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

<sup>25</sup> A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, 499 ss.

nistrazione, soprattutto attraverso circolari e direttive<sup>26</sup>, nega diritti<sup>27</sup>. Tendenza che storicamente si riscontra già nelle circolari riguardanti l'attuazione delle leggi razziali<sup>28</sup> e nel diritto coloniale, casi che evocano l'odierna questione migratoria. 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>29</sup>. Emblematico il tema dell'accoglienza del richiedente asilo<sup>30</sup> e quindi la vicenda degli hot-spot, "punti di crisi" istituiti nei Paesi di confine dell'Unione al fine di affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate

---

<sup>26</sup> Si pensi alla Direttiva del ministro Salvini del 17 aprile 2019 che invita i prefetti a emanare ordinanze anti-degrado per tenere lontani spacciatori, ladri, scippatori e abusivi dalle "zone rosse" quali centri storici, luoghi turistici, aree vicine alle scuole e piazze particolarmente frequentate. Il modello erano recenti ordinanze prefettizie, ad esempio relative al comune di Firenze, istitutive di zone rosse in varie zone del territorio comunale, nelle quali si interdice la presenza per chi è stato denunciato per reati di spaccio, danneggiamento o contro la persona, ovvero è stato sanzionato per commercio abusivo su suolo pubblico. Ma, secondo il Tar Toscana, 4 giugno 2019, n. 823: «È illegittimo il provvedimento prefettizio che ha disposto il divieto di stazionare in diverse aree della città, assurde a c.d. "zone rosse", alle persone cui è stata contestata la violazione della normativa sul commercio in area pubblica o che risultano denunciate per i reati di percosse, lesioni personali, rissa, danneggiamento o spaccio di sostanze stupefacenti». Presupposto per l'emanazione di provvedimenti contingibili e urgenti in base all'art. 2 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza è la dimostrazione, da parte dell'Autorità prefettizia, dell'insufficienza dei mezzi ordinariamente messi a disposizione dell'ordinamento per affrontare la situazione rilevata. Il divieto di stazionare in determinate aree urbane non può dunque essere utilizzato in via ordinaria quale misura di prevenzione amministrativa poiché, in tal caso, dovrebbe essere previsto da una specifica norma di legge come stabilisce l'articolo 16, primo comma, della Costituzione». Per non parlare del d.m. 5 agosto 2008, decreto non regolamentare che definiva le nozioni di incolumità pubblica e sicurezza urbana, ai sensi del potere di ordinanza di cui all'art. 54 t.u.e.l., all'origine della nota sentenza della Corte cost. n. 115/2011 sul principio di legalità sostanziale. Si consideri, infine, l'elencazione dei luoghi che possono essere presi in considerazione per il cd. daspo urbano. L'art. 9 del d.l. n. 14/2017 individua, prima di tutto, le aree «interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano», nonché le relative pertinenze, come luoghi rispetto ai quali occorre particolare attenzione per il loro decoro. Per quanto riguarda l'elencazione dei luoghi di cui all'art. 9, questa non pare suscettibile di interpretazione estensiva o analogica, in virtù delle riserve di cui agli artt. 13, 16 e 23 Cost. Tuttavia, le linee di indirizzo per l'attuazione dei nuovi strumenti di tutela della sicurezza urbana, adottate dal Ministero dell'Interno in data 8 luglio 2017, conferiscono alle linee guida ed alle linee generali, adottate su proposte dello stesso Ministro, nonché anche ai futuri patti per l'attuazione della sicurezza urbana, la possibilità di «perimetrazione di ulteriori aree ove estendere le previsioni contenute negli artt. 9 e 10 del decreto».

<sup>27</sup> Cfr. in tal senso M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, 53 ss.

<sup>28</sup> S. GENTILE, *Le leggi razziali. Scienza giuridica, norme, circolari*, Milano, 2010.

<sup>29</sup> B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 426.

<sup>30</sup> Cfr. G. TROPEA, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in pubblicazione negli *Scritti in onore di M. Immordino* e in *Nuove autonomie*, 2021, 633 ss.

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.). Oppure si consideri 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*" 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>31</sup>, tuttavia l'enunciato performativo<sup>32</sup> della *governance* cinguettante è stato un infra-diritto molto efficace nella nota vicenda "Diciotti", conclusasi con una discutibile presa di posizione del Parlamento a favore del carattere politico dell'iniziativa del ministro.

Oppure si consideri l'ambito del biodiritto, anche esso connotato da ascendenze di *soft law* in ambito internazionale<sup>33</sup>, e nel quale l'amministrazione crea norme in settori tecnico-scientifici, come la p.m.a., il fine vita, la fecondazione eterologa, l'interruzione di gravidanza<sup>34</sup>. In tutti questi settori, a ben guardare, non è solo l'amministrazione che assume un rinnovato ruolo di creatrice del diritto, a causa della costante opera di aggiornamento di cui tali atti con contenuto tecnico necessitano<sup>35</sup>, ma muta in senso ulteriormente nomopoietico pure il ruolo del giudice (amministrativo in particolare<sup>36</sup>), sia per il tono costituzionale elevato delle questioni di biodiritto<sup>37</sup> sia per il suo essere strettamente correlato al caso concreto<sup>38</sup>. Queste fonti secondarie atipiche, dal carattere incerto (si pensi

<sup>31</sup> Sez. VI, n. 769/2015.

<sup>32</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>33</sup> L. POLI, *Il diritto internazionale come "motore" del biodiritto e l'emersione di un "biodiritto internazionale"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, 287 ss.

<sup>34</sup> In questo caso è utile richiamare la vicenda delle Linee guida della Regione Lombardia, restrittive della disciplina dettata dalla legge n. 194/1978, che hanno determinato un annullamento parziale da parte del Tar Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2010, n. 7735. Interessante quanto detto dal Tar a fronte della decisione regionale di fissare un tetto determinato temporale per l'interruzione di gravidanza: «in taluni casi non è opportuno imbrigliare in una disposizione legislativa parametri che possono variare a seconda delle condizioni che si presentano nelle innumerevoli, sempre diverse, fattispecie concrete e che, soprattutto, possono variare a seconda del livello raggiunto dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali in dato momento storico. È proprio per questa ragione che si è preferito lasciare che l'accertamento circa la possibilità di vita autonoma del feto sia condotto caso per caso dal medico che segue la gestante»

<sup>35</sup> Cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 97 ss.

<sup>36</sup> M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., 110.

<sup>37</sup> R. BIN, *Il giudice, tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, Napoli, 2021, vol. I, 441 ss.

<sup>38</sup> A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, 105 ss.

alle linee guida in materia di p.m.a., non definibili propriamente quali regolamenti ministeriali e non riconducibili neppure alle circolari o alle ordinanze)<sup>39</sup>, spesso si sono poste in contrasto sia con le relative disposizioni di legge sia con decisioni sul tema della Corte costituzionale<sup>40</sup>, che in alcuni casi le hanno radicalmente modificate<sup>41</sup>. Più in generale, nel settore della responsabilità medica oggi un ruolo fondamentale è svolto proprio dalle linee guida di cui all'art. 5 della legge n. 24 del 2017 (cd. Gelli-Bianco), regolazione tecnica cui di fatto il legislatore ha rimesso la disciplina.

Il margine di rilevanza della *soft law*, in questo settore, è comunque occupato soprattutto dai casi in cui la scienza più che oggetto diviene soggetto della regolazione: qui a rilevare sono spesso principi – anche globali – attinenti alla integrità della ricerca, la deontologia, e che guidano in ultima istanza lo svolgimento della attività scientifica<sup>42</sup>.

Anche durante la pandemia si è avuta una crescente rilevanza di fonti provenienti dall'amministrazione “creatrice” di diritto, dalle circolari<sup>43</sup> del Ministero dell'interno concernenti le allora vigenti misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica a – anche in questo caso – *infra/diritto soft*, come le cd. *Frequently Asked Questions* (F.A.Q.), la cui pubblicazione sui siti internet dei Ministeri o di altri enti pubblici ha conosciuto un significativo incremento<sup>44</sup>, inquinando quella che oggi Natalino Irti definisce la “legalità linguistica”<sup>45</sup>.

Sul punto, c'è da considerare la recente vicenda giurisprudenziale sulla cd. “vigile attesa”<sup>46</sup>, che ha determinato in prima battuta l'annullamento della circolare del Ministero della Salute “Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2” aggiornata al 26 aprile 2021, nella parte in cui, anziché dare indicazioni valide sulle terapie da adottare a domicilio, prevedono un lungo elenco delle terapie da non adottare. Il giudice amministrativo di primo grado

<sup>39</sup> B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 1/2016, 244, che parla anche in questo caso di “fuga dal regolamento”.

<sup>40</sup> Sulle linee guida che in tema di p.m.a. non tengono conto delle sentt. n. 151/2009, 162/2014 e 96/2015 della Corte costituzionale v. B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, cit., 245.

<sup>41</sup> M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecuzione del diritto*, cit., 82.

<sup>42</sup> Si consideri, ad es., il Codice di condotta europeo per l'integrità della ricerca adottato dal consorzio ALLEA nel 2017.

<sup>43</sup> Sulle circolari nel periodo pandemico, con rilievi critici sulla doppia fuga (dalla legge e dal regolamento) che esse comportano e sulle difficoltà di sindacato giurisdizionale stante la “riserva di scienza”, cfr. S. FOÀ, *Le circolari amministrative nell'emergenza pandemica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 9 marzo 2022.

<sup>44</sup> Cfr. E. D'ORLANDO-F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 55 ss.

<sup>45</sup> N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 13-43.

<sup>46</sup> Tar Lazio, sez. III-quater, 15 gennaio 2022, n. 419.

ha ritenuto, in disparte dalla validità giuridica di tali prescrizioni, che sia onere imprescindibile di ogni medico agire secondo scienza e coscienza, e che la suddetta circolare contrasterebbe con la richiesta professionalità e deontologia medica nella misura in cui impedisce al sanitario l'uso di terapie reputate idonee ed efficaci nel contrasto al Covid-19. Si evidenzia, qui, un chiaro *favor* per il profilo costituzionale della libertà della scienza<sup>47</sup> (chiamata ad individuare il cd. “perimetro del possibile”) rispetto alla discrezionalità politico-amministrativa<sup>48</sup>, anche nella forma del *soft law*. Il Consiglio di Stato, accogliendo dapprima in sede cautelare poi nel merito l'appello del Ministero della Salute, ha statuito che la circolare in questione contiene “raccomandazioni” e non “prescrizioni”, lasciando ferma la responsabilità del medico di ritenere – motivatamente – che la raccomandazione non sia la via ottimale per la cura del paziente<sup>49</sup>.

### 3. *L'ambito regolatorio delle autorità indipendenti e il punto di vista degli amministrativisti*

E tuttavia, è soprattutto il dibattito sul ruolo e i caratteri delle linee guida dell'ANAC che negli ultimi anni ha fatto maggiormente misurare le diverse impostazioni in campo, poiché ineluttabilmente ha maggiormente coinvolto anche gli amministrativisti. Che, come accennato in premessa, hanno in maggioranza assunto un ruolo più neutro e descrittivo, se non giustificazionista, che marca un diverso approccio assiologico al tema.

L'erompere della *soft law*<sup>50</sup>, con riguardo soprattutto alla regolazione delle autorità indipendenti<sup>51</sup>, al di là dei facili accostamenti di formule<sup>52</sup>, non deve aver troppo stupito l'amministrativista, per varie ragioni.

Si è mostrato come numerosi settori, soggetti alla variabilità della *lex mercatoria* e a un'incessante evoluzione tecnica, si pensi all'integrità dei mercati finanzia-

<sup>47</sup> Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2021, 587 ss.

<sup>48</sup> F. CORTESE-L. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *La giuridificazione*, cit., 192, i quali richiamano sul punto Corte cost., n. 282/2002, secondo cui «la regola di fondo» in ambito medico-sanitario è rappresentata dalla «autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

<sup>49</sup> Cons. Stato, sez. III, decreto 19 gennaio 2022, n. 207; successivamente: Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946. Sulla vicenda v. G. RE FERRÈ, *Le linee guida per le cure domiciliari dei pazienti Covid tra TAR e Consiglio di Stato: illegittima imposizione o strumento a supporto dell'attività medica?*, in [www.ceridap.it](http://www.ceridap.it), 21 marzo 2022.

<sup>50</sup> G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 1.

<sup>51</sup> Sul tema, caratterizzato ormai da letteratura vastissima, cfr. da ultimo AA.VV., *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, a cura di C. Acocella, Napoli, 2022; AA.VV., *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, a cura di A. Contieri, M. Immordino, F. Zammartino, Napoli, 2020.

<sup>52</sup> A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

ri<sup>53</sup>, al settore alimentare<sup>54</sup>, hanno quasi naturalmente implicato la *soft law*: definita «un non diritto che concorre alla certezza del diritto»<sup>55</sup>.

In altre ipotesi, l'amministrativista talora osserva percorsi di “giuridificazione” della *soft law*, come nel caso dalle norme contenute nei codici di condotta le quali, intese inizialmente come espressione di *soft law* o al più ricondotte a una matrice pattizia<sup>56</sup>, si vedono gradualmente riconosciuto il carattere di fonte integrativa delle norme di legge equiparate ai regolamenti, con tutte le implicazioni del caso, tra cui la impugnabilità delle decisioni disciplinari dinanzi agli organi statali<sup>57</sup>.

In ogni caso è sul tema del potere regolatorio delle autorità indipendenti che forse maggiormente è emerso lo scontro di vedute tra costituzionalisti ed amministrativisti.

Si pensi al discusso tema dei cd. poteri impliciti<sup>58</sup> e della legalità procedurale. A fronte di una giurisprudenza del Consiglio di Stato pacifica nel richiamare il ruolo legittimante di quest'ultima, c'è chi obietta il superamento del circuito rappresentativo democratico<sup>59</sup>, o prospetta problemi di cattura del regolatore<sup>60</sup>, e contesta l'effettiva neutralità della tecnica<sup>61</sup>.

Con particolare riferimento alle linee guida ANAC, ad esempio, da parte di taluni si dubita del carattere di “norme tecniche” delle stesse, ritenendo che si tratti di atti con rilievo discrezionale e politico, stante anche la natura trasversale della *mission* di ANAC, vista come “pianificatore della virtù” nella prevenzione della corruzione<sup>62</sup>. Si è osservato che questa normativa su ANAC ha dato luogo

<sup>53</sup> M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation e Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 53 ss.

<sup>54</sup> M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 2015, 657 ss.

<sup>55</sup> G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, cit., 5.

<sup>56</sup> Sulla competenza parallela dei privati nella produzione di norme giuridiche, alla luce delle fondamentali considerazioni sul “diritto dei privati” di Cesarini Sforza, cfr. A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, 2010, 1895 ss., che tocca partitamente sia il tema delle norme tecniche che il tema della *soft law*.

<sup>57</sup> S. STACCA, *L'autodisciplina delle formazioni sociali*, in *La giuridificazione*, cit., 423 ss.

<sup>58</sup> N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. Un caso molto interessante è stato quello che ha riguardato il regolamento Agcom in tema di tutela amministrativa del diritto d'autore on line, che ha determinato una serie di dubbi di legittimità costituzionale sul fondamento legale del potere normativo in concreto esercitato dall'Agcom nel 2003 e, indirettamente, sul fondamento dei poteri provvedimentali previsti nel suddetto regolamento. Cfr. sul tema A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, nota a Corte cost., 3 dicembre 2015, n. 247, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 345 ss.

<sup>59</sup> R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 98; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, 191 ss.

<sup>60</sup> G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 749 ss.

<sup>61</sup> M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 189.

<sup>62</sup> M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 189.

di fatto alla depoliticizzazione di una politica pubblica. Peraltro, sorge il dubbio che «il tentativo di ammantare di scientificità la sua azione risponda alla consapevolezza che alla costituzione di un «campo di sapere» (caratterizzato da proprie tecniche cognitive) corrisponda la contestuale costituzione (in questo caso il rafforzamento) di una «relazione di potere»<sup>63</sup>.

Anche su questi fronti la dottrina amministrativistica mi pare percorra in linea maggioritaria, invece, sentieri di legittimazione del fenomeno, come in passato aveva fatto sul piano organizzativo quando si era posto il problema della legittimità costituzionale delle autorità indipendenti<sup>64</sup> che si era riscontrata, secondo diversi percorsi: nella teoria dei poteri impliciti, della legalità procedurale, della “natura delle cose” di ordine comunitario<sup>65</sup>.

Quest’opera di legittimazione si misura su diversi piani.

Partendo dal tema specifico dei contratti pubblici, la sensazione diffusa presso interpreti ed operatori è che i veri protagonisti dei processi di semplificazione continuino a collocarsi al di fuori delle aule parlamentari, e che segnatamente consistano nelle stazioni appaltanti, nell’Autorità nazionale anticorruzione e negli organi di giustizia.

In questo senso, già prima della crisi pandemica taluni hanno messo in luce la centralità del ruolo della regolazione flessibile di ANAC e di alcuni strumenti volti ad incentivare la *compliance* nel settore.

Si pensi al tema dell’uso dei meccanismi di *rating*<sup>66</sup>, che, se adeguatamente trasparenti, vengono ritenuti idonei a orientare le scelte di allocazione delle risorse pubbliche coinvolte nei processi di acquisto<sup>67</sup>. C’è, in primo luogo, il rating di legalità, cui si abbina la necessità – prontamente segnalata dalla giuri-

---

<sup>63</sup> In questo senso L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 25, con evidente riferimento a M. Foucault. Sulla tematica dei rapporti fra scienza e politica durante la pandemia cfr. D. DI CESARE, *Virus sovrano? L’asfissia capitalistica*, Torino, 2020, 40 ss.; R. ESPOSITO, *Immunità comune. Biopolitica all’epoca della pandemia*, Torino, 2022, 167 ss. Fra i giuristi, parlando di riserva di scienza nel caso della pandemia e del sapere degli esperti rispetto alla politica, v. E. MALFATTI, *Scienza, tecnologia e forme di produzione giuridica. Qualche rilievo d’insieme*, in *DPCE Online*, 2020, 3272 ss. Cfr. anche A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell’epoca del diritto transnazionale*, *ivi*, 3286 ss.

<sup>64</sup> Per una sintesi delle opinioni in merito v. ora G. DELLA CANANEA, *Autorità indipendenti?*, in *Diritto amministrativo e società civile, Vol 1, Studi introduttivi*, Bologna, 2018, 199 ss.

<sup>65</sup> F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 46 ss.

<sup>66</sup> Cfr. L. GALLI-M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d’impresa*, in [www.rivistadellaregolazioneidimercati.it](http://www.rivistadellaregolazioneidimercati.it), n. 1/2017, 63 ss.

<sup>67</sup> Il regime della qualificazione vale anche per le stazioni appaltanti: qui abbiamo addirittura un’amministrazione, seppure indipendente, che autorizza l’esercizio dell’autonomia negoziale in capo ad un’altra amministrazione, che ne dovrebbe essere istituzionalmente portatrice. Nel momento in cui si scrive si è in attesa delle linee guida di ANAC, alla luce di un protocollo d’intesa siglato tra Presidenza del Consiglio e ANAC in data 17 dicembre 2021.

sprudenza – di prevedere meccanismi di compensazione idonei a disinnescare possibili dinamiche discriminatorie nei confronti di chi non possa acquisire il predetto *rating* per ragioni estrinseche, come quella relativa alla sede dell’impresa o all’entità del suo fatturato<sup>68</sup>. Si pensi altresì ai certificati di adempimenti o alle liste “bianche”, che rendono manifesta l’affidabilità di un operatore in termini di rispetto della normativa di riferimento, contribuendo a superare il *bias* dell’inerzia o dello *status quo*<sup>69</sup>.

Autori sensibili al tema, hanno così osservato che l’ottica della burocrazia difensiva, da molti additata come una dei principali mali del settore, prospera proprio nella disattenzione al piano degli incentivi, e riflette l’antica “miope” visione del rapporto tra legge e amministrazione. Bisognerebbe superare la tradizionale prospettiva della mera esecuzione della legge, e pensare alle norme come cornici, *frame*, integrando l’analisi degli scopi delle regole con il tentativo di comprenderne i possibili effetti. Sbocco naturale di tale approccio metodologico è, di nuovo, la valutazione delle norme orientata alle conseguenze e lo studio delle risposte comportamentali al vincolo giuridico, familiare alla riflessione economica<sup>70</sup>.

Quanto alla regolazione di ANAC, si è osservato che la flessibilità dello strumento delle linee guida sia un modello ideale per l’impiego dei “pungoli” del paternalismo libertario. Pur notandosi criticamente che l’uso del “burocrate” è rimasto tendenzialmente presente, si è osservato come l’obiettivo ultimo resterebbe quello della semplificazione degli enunciati e della chiarezza dei significati. La regolazione anche, se non soprattutto, in questo settore dovrebbe essere per principi e obiettivi, utilizzando proprio le scienze cognitive, in un contesto in cui la discrezionalità amministrativa trovi finalmente sfogo<sup>71</sup>.

Questa prospettiva risulta controvertibile, in genere, se si guarda l’elaborazione di filosofi del diritto di appartenenza continentale oltre che all’approccio critico correnti fra i costituzionalisti, sopra descritto.

<sup>68</sup> Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6907.

<sup>69</sup> N. RANGONE, *Strumenti tradizionali e nuovi per l’effettività delle decisioni amministrative*, Relazione al convegno AIPDA su Decisioni amministrative e processi deliberativi, Bergamo 5-6-7 ottobre 2017, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it), 26-27.

<sup>70</sup> M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 38.

<sup>71</sup> S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, 91 ss. Tale approccio metodologico è condiviso da F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in [www.ildirittodelleconomia.it](http://www.ildirittodelleconomia.it), 2021, 19, nota 33. Implicita in questa presa di posizione è l’idea che la prescrizione contenuta nel *nudge* rientri nella nozione di “regola tecnica”, distinta da quella prescrittiva anche a causa della maggiore trasparenza e confutabilità razionale che la caratterizza. Questa idea, diffusa nella filosofia analitica (cfr. G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit.), trascura il carattere spesso manipolatorio della regola tecnica, invece enfatizzato dalla filosofia continentale.

Ad essere sotto osservazione, in questo caso, non è tanto la tecnica regolatoria di ANAC, la sua effettività, i problemi che hanno interessato i giuristi con riferimento alla questione delle fonti atipiche e della *soft law*<sup>72</sup>, la tendenziale “marcia indietro” sul modello delle linee guida a far data dal cd. d.l. sblocca-cantieri (d.l. n. 55/2019).

Piuttosto, è il fatto che tali modelli regolatori, assieme ad altri quali le norme sugli ISO<sup>73</sup>, quelle sui *ranking* delle università o degli ospedali, mostrano che la “colonizzazione” del diritto da parte della norma contribuisce a instaurare modalità di regolazione caratteristiche della “società del controllo” e in grado di conquistare progressivamente gli spazi già occupati dal modello giuridico-politico della sovranità classica<sup>74</sup>. Un metodo di regolazione non pubblica, ma di origine privata alquanto diffuso in epoca post-liberale è costituito proprio dalle norme tecniche, i cd. “indicatori”, che dispiegano un peculiare tipo di operatività normativa: non sanzionano una condotta del soggetto a cui si rivolgono, ma sono esse stesse il modello del comportamento che tale soggetto deve adottare per potere essere conforme ad esse. Gli indicatori, infatti, altro non sono che sofisticati dispositivi disciplinari che svolgono una funzione di normalizzazione, cioè di allineamento dei soggetti con i fini del sistema di potere (e sapere) dominante<sup>75</sup>.

La critica è tanto radicale quanto spesso ignorata dal giurista: «Si tratta, evidentemente, di portare a termine un percorso che ha le caratteristiche di una scelta strategica e tattica tutt’altro che liberale che non garantisce né la trasparenza dell’operato dei regolatori/policymaker, né la maggiore comprensibilità delle norme da parte dei loro assoggettati, e che punta sul tecno-potere più che sulla regolazione giuridica, sottraendosi alla scelta politica democratica. È in questo contesto caratterizzato dalla norma in senso foucaultiano che il *nudge* si iscrive: in una logica della normatività giuridico politica che solo per inerzia, colpevole

<sup>72</sup> Cfr., da ultimo, F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit.; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

<sup>73</sup> A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezza” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.

<sup>74</sup> A.J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, II, *Gouvernements sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, 2003; J. CARBONNIER, *Les phénomènes d’internormativité*, in ID., *Essais sur les lois*, in *Repertoire du notariat Defrénois* Paris, 1979, 287-306; F. CHAZEL, J. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris 1991; J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris 1998; D. MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l’Etat*, Bruxelles, 2007; H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Cambridge, 2005; D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal Studies*, Oxford, 1999.

<sup>75</sup> M. TARONI-M. UBERTONE, *Il diritto debole. Un’introduzione*, A. ARTOSI, *Con i dosaggi esatti degli esperti. Per un’analisi del potere tecno-disciplinare*, entrambi in *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*, Torino, 2020, spec. 5 e 85 ss.

approssimazione e surrettizie professioni di anti-ideologismo può essere accostata agli strumenti giuridici di stampo liberale»<sup>76</sup>.

Ma queste obiezioni, pur in larga parte convincenti, non soddisfano del tutto il giurista, il quale – secondo i suoi concetti e strumenti tradizionali – deve soprattutto confrontarsi con un altro tema.

Si tratta del piano, più ampio, del rapporto col principio di legalità.

In questo senso, in un recente studio<sup>77</sup> si è ritenuto che l'unico modo di garantire l'osservanza del principio di legalità da parte della regolazione delle autorità indipendenti, in particolare delle linee guida ANAC sia, al netto delle qualificazioni date al frastagliato fenomeno dalla giurisprudenza amministrativa<sup>78</sup> (potere regolamentare dei ministri; linee guida non vincolanti, per le quali è stata richiamata la categoria della *soft law*<sup>79</sup>; linee guida vincolanti, ricondotte agli atti amministrativi generali di regolazione), quello di considerare le varie “matrici della legalità”, in un'epoca connotata dai rapidi cambiamenti tecnico-scientifici. Sicché, accanto alla classica distinzione tra legalità in senso formale e legalità in senso sostanziale, si è considerata anche la legalità/indirizzo, raffrontabilità, per principi, procedurale.

Accanto alla più generale prospettiva esegetica della armonizzazione al principio di legalità, declinata in modo multiforme al fine di farvi rientrare le nuove forme di regolazione *soft* delle autorità, si collocano poi quei percorsi che tendono a far ricadere le norme interne dell'amministrazione all'interno dell'ordinamento generale, grazie anche all'opera della giurisprudenza amministrativa, parlando in questi casi di fonti terziarie<sup>80</sup>.

Peraltro, anche coloro che si pongono come critici nei confronti di queste tesi definite “scettiche”, finiscono per giustificare il fenomeno delle norme interne leggendole come strumenti volti a contenere la complessità, anche tecnica, dei sistemi contemporanei: si ritiene, in buona sostanza, sviluppando la costruzione luhmanniana, che tali norme assorbano l'incertezza e trasformino il “pericolo” in “rischio”, fissando le condizioni regolative del decidere futuro in modo corretto<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> M. GALLETTI-S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 349-350.

<sup>77</sup> P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., *passim*.

<sup>78</sup> Cons. Stato, parere n. 855/2016.

<sup>79</sup> Un esempio emblematico di come i confini tra *soft law* e norma vincolante siano piuttosto labili è la perplessa vicenda delle commissioni di concorso universitario. Secondo Tar Abruzzo, sez. Pescara, 5 giugno 2021, n. 294, un regolamento di ateneo che contrasti con l'aggiornamento per il 2017 del PNA sarebbe illegittimo, nella parte in cui non prevede una maggioranza di commissari esterni. Ciò in quanto l'articolo 1 comma 3 della legge 190 del 2012 ha disposto che l'ANAC può ordinare “la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani”; e siccome la rimozione, cioè l'annullamento d'ufficio, presuppone l'illegittimità del provvedimento da rimuovere, se ne deduce che tale contrasto comporta *ex lege* il vizio di violazione di legge. L'argomentazione sembra provare troppo, nella misura in cui assume per sistematicamente giustificato il potere attribuito ad ANAC, a sua volta discutibile nella misura in cui attribuisce la possibilità di intervenire in autotutela su atti giuridicamente pari-ordinati.

<sup>80</sup> M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.

<sup>81</sup> F. FRACCHIA-M. OCCHIANA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit., *passim*.

Il tratto profondo che accomuna tali ricostruzioni è rappresentato, a mio avviso, da un recupero, talora appunto attraverso il filtro di Luhmann, dell'istituzionalismo romaniano, non a caso generalmente visto come base teorica nella genealogia della *soft law*<sup>82</sup>, al fine di costruire una regolazione flessibile e resiliente<sup>83</sup>.

#### 4. *La parabola normalizzante dell'emergenza nel potere di ordinanza e nei d.p.c.m., e il rinnovarsi dello Stato amministrativo*

Come ho avuto modo di osservare trattando il dibattito attorno ai poteri d'ordinanza nell'emergenza<sup>84</sup>, questa tematica è stata fondamentale nell'impero del normativismo e dell'istituzionalismo, ma non ha del tutto saputo aggiornarsi, nonostante importanti contributi spingessero verso un rinnovamento delle categorie. D'altra parte, che di un tale riposizionamento dogmatico si senta il bisogno è dimostrato dalla parabola invariabilmente "normalizzante" dell'emergenza.

La giurisprudenza più recente relativa alle questioni tecnico-scientifiche più delicate in materia di Codiv-19, dall'obbligo vaccinale ai sanitari alla legittimità costituzionale dei d.p.c.m. emanati durante la crisi pandemica, riflette tali scenari, e sembra al fondo giustificare un diritto mite e "per principi", definito "debole" in omaggio alla nota categoria filosofica introdotta da Gianni Vattimo e Pier Aldo Rovatti<sup>85</sup>, dove la precauzione è accompagnata alla trasparenza<sup>86</sup> e dove sfumano le categorie tradizionali di inquadramento degli atti giuridici, e si ragiona con approccio realistico.

Se da un lato anche la dottrina maggioritaria continua a prospettare la natura amministrativa dei d.p.c.m., il giudice amministrativo intraprende un percorso argomentativo più articolato, avvicinandoli alle ordinanze contingibili e urgenti<sup>87</sup>, pur riferendone il carattere atipico<sup>88</sup>.

C'è chi al proposito rievoca la figura della "fuga dal regolamento" a favore di fonti governative atipiche e terziarie<sup>89</sup>, emergenza crescente nel controverso

<sup>82</sup> A. Di ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, cit.

<sup>83</sup> A. MASSERA, *Le autorità indipendenti e l'Ordinamento giuridico*, in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Napoli, 2019, 143 ss.

<sup>84</sup> G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. amm.*, 2021, 885 ss.

<sup>85</sup> G. VATTIMO-P.A. ROVATTI (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano, 2010. Per un uso di tale categoria in ambito giuspubblicistico, a iniziare dalla porosità tra le categorie del pubblico e del privato, v. ora M. PROTTO, *Il diritto debole*, Torino, 2019.

<sup>86</sup> Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

<sup>87</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 2/2020, 130 ss.; E.C. 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 ss.

<sup>88</sup> Cons. Stato, Sez. I, parere n. 850/2021.

<sup>89</sup> G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 1/2021, 384 ss. In generale, sulla categoria delle fonti atipiche

contesto della *governance* e della connessa *soft law*, e chi ne sottolinea il “perdurante successo” nei circuiti decisionali degli ordinamenti pluralistici<sup>90</sup>. Il punto che sembra più interessante, in ogni caso, è dato dalla affinità tra l'impostazione del Consiglio di Stato e il tentativo compiuto da taluni nel livellare, di fatto, d.p.c.m. e potere di ordinanza, configurando un carattere normativo o paranormativo per entrambi, ed avvicinandoli alla figura del regolamento delegificante<sup>91</sup>. La Corte costituzionale ha, con taluni aggiustamenti e divergenze, sposato la linea di fondo realistica di tale approccio<sup>92</sup>, ritenendo che il contenuto tipizzato dei d.p.c.m. non sia in linea con l'idea del conferimento di potestà legislativa da parte del decreto legge. I d.p.c.m. rientrano fra gli atti espressione di potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale, e vengono ivi qualificati come atti necessitati più che come ordinanze necessitate, in quanto «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto».

Pare così trovare conferma quella tesi secondo cui oggi uno stesso atto giuridico sia ormai suscettibile di possedere simultaneamente una pluralità contraddittoria di qualificazioni, potendo contenere prescrizioni normative, amministrative generali e amministrative puntuali al tempo stesso<sup>93</sup>.

Anche in questo caso, sul fronte della teoria delle fonti, non si può non scorgere l'emersione di un'altra caratteristica tipica dello Stato amministrativo: la legislazione si trasforma in amministrazione<sup>94</sup> e la giurisprudenza in legislazione<sup>95</sup>. Al netto della piena sovrapposizione tra d.p.c.m. e ordinanza, sembra indubitabile che, proprio come per la parabola del potere di ordinanza o nella vicenda evocata della fuga dal regolamento<sup>96</sup>, la formulazione della disposizione

e terziarie, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.

<sup>90</sup> M.C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su “emergenza e Governo-pubblica amministrazione”*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2021, 433 ss., spec. 437.

<sup>91</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 59; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2021, 746 ss.

<sup>92</sup> Corte cost., 22 ottobre 2021, n. 198.

<sup>93</sup> M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 698. Con specifico riguardo ai d.p.c.m., seppure considerandosi solo quelli antecedenti alla fase pandemica, v. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 90.

<sup>94</sup> M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986, 479. Ben consapevole di tali fenomeni è, da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., spec. 31 ss., anch'egli con un condivisibile richiamo al profetico Foucault che guardava al modello dell'economia sociale di mercato di tipo ordoliberal.

<sup>95</sup> Un recente caso emblematico è rappresentato dalle sentenze gemelle dell'Ad. plen. nn. 17 e 18 del 2021, sulle quali, se si vuole, si v. A. GIANNELLI-G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékton*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2021, 723 ss.

<sup>96</sup> B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 425.

diviene strumento di governo, redendo palese la contiguità tra il *disporre* e *provvedere*. Questi fenomeni insegnano che il governo, inteso non nel senso giuridico-formale, ma foucaultiano di governo come “prassi”, è strabordante rispetto a qualsiasi tentativo di limite<sup>97</sup>.

Il discorso può valere anche per le tematiche relative alle connessioni fra *soft law* e norme tecniche, e porta ineluttabile a una realistica presa d’atto sul ritorno sulla scena dello Stato amministrativo.

Si impone una presa d’atto circa la sussistenza di faglie incolmabili rispetto al principio di legalità, e sulla definitiva autonomizzazione della categoria dell’emergenza rispetto a quella dell’urgente necessità, con ciò che ne discende: centralità dello Stato amministrativo, che fa della legge e della sentenza *amministrazione*. Si rischia, diversamente, di rimanere bloccati sulla reprimenda ormai stantia dell’espansione dei poteri dell’esecutivo, a livello statale e locale, e limitarsi invece a descrivere, spesso in modo acritico, i nuovi meccanismi regolatori che ci consegna l’emergenza, vista come eccezione permanente.

##### 5. *Questioni tecnico-scientifiche e rimodulazione dei rapporti legislazione/ amministrazione/ giudice*

Si spiega anche sotto questo aspetto la progressiva centralità dell’amministrazione e del giudice sulle questioni tecniche, non solo nel senso di una progressiva rilevanza dell’amministrazione e del giudice come creatori di norme, ma anche della prospettiva di modellare il procedimento legislativo su quello amministrativo in caso di questioni tecnico-scientifiche<sup>98</sup>, quest’ultimo a sua volta rideterminato nel senso di fornire risposte adeguate dal punto di vista organizzativo, portando a compimento la ristrutturazione dell’amministrazione di servizio, come mostra ancora l’emblematico settore del bio-diritto<sup>99</sup>.

Un recente esempio in tal senso è la discussa<sup>100</sup> ordinanza del CGA reg. sec. del 17 gennaio 2022, n. 38, che, pur ribadendo i principi (specie quello di pre-

<sup>97</sup> B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, cit., 426.

<sup>98</sup> Cfr. la tesi di dottorato di L. DEL CORONA, *La scienza tra libertà e potere: Costituzione e valutazioni tecnico-scientifiche*, in [www.unimi.it](http://www.unimi.it)

<sup>99</sup> F. CORTESE-L. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *La giuridificazione*, cit., 169 ss.

<sup>100</sup> Cfr. B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in [www.ceridap.it](http://www.ceridap.it), 8 febbraio 2022, la quale osserva come nel caso di specie l’oggetto di indagine non è conferente rispetto alla determinazione di imporre il trattamento di vaccinazione, riguardando invece il tema del rapporto fra medico e paziente e il regime di farmaco-vigilanza. L’ordinanza ha dato luogo ha un ampio dibattito anche sulla *Rivista* online [www.nuoveautonomie.it](http://www.nuoveautonomie.it), numero speciale sull’obbligo vaccinale, con i commenti di M.R. Spasiano, M. Calabrò, A. Ruggeri, L. Lorello, A. Simonati, M. Mazzamuto, E. Cavasino, G. Verde, A. Mangia.

cauzione)<sup>101</sup> di fondo della precedente sentenza n. 7045/2021 della III Sezione del Consiglio di Stato in tema di legittimità dell'obbligo vaccinale, se ne discosta nella misura in cui, per verificare la persistenza delle ragioni di tale obbligo con riguardo a varie sopravvenienze (es. “variante omicron”), dispone istruttoria in ottemperanza al principio secondo cui la scelta vaccinale possa essere rivalutata nella prospettiva della valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze tecnico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte in campo sanitario<sup>102</sup>. Si ha quindi un'ampia istruttoria tecnico-scientifica finalizzata ad una piena valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. Un'ulteriore conferma della amministrativizzazione progressiva del potere normativo (e dell'istruttoria legislativa), con riguardo ai poteri del giudice di valutare e motivare la non manifesta infondatezza della questione<sup>103</sup>.

Il CGARS nell'ordinanza n. 38 del 2022 ritiene di non potersi pronunciare sul requisito della non manifesta infondatezza visto che la causa non è ben istruita pertanto affida ad un collegio lo svolgimento di attività istruttoria. La vicenda svela un importante caso di intersezione tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale, e in particolare un caso di intersezione tra istruttoria tecnico scientifica nel giudizio amministrativo e istruttoria nel giudizio di legittimità costituzionale.

Le emergenze istruttorie hanno quindi indotto il giudice siciliano a prospettare una rivisitazione dell'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato sulla legittimità della vaccinazione obbligatoria<sup>104</sup>. In particolare, si è ritenuto che i parametri fissati dalla giurisprudenza costituzionale non siano stati rispettati, in quanto non vi sarebbe prova di vantaggio certo per la salute individuale e collettiva superiore al danno per i singoli, non vi sarebbe prova di totale assenza di rischio o di rischio entro un normale margine di tollerabilità, e non vi sarebbe prova che – in carenza di efficacia durevole del vaccino – un numero indeterminato di dosi, peraltro ravvicinate nel tempo, non amplifichi gli effetti collaterali dei farmaci, danneggiando la salute. Inoltre, non sarebbero state adottate “misure di mitigazione” e “misure di precauzione” ad accompagnamento dell'obbligo vaccinale, quali adeguati accertamenti in fase di triage pre-vaccinale, e adeguata

<sup>101</sup> In periodo pandemico il principio di precauzione opererebbe in modo inverso, “controintuitivo”, in quanto, mentre la sua applicazione classica comporta l'apposizione di limiti pur in presenza di risultanze scientifiche incerte (obbligo di non fare), nel caso di specie esso – sulla base dei medesimi presupposti (dati scientifici non definitivi) – comporterebbe l'imposizione di un obbligo di fare, incidente, tra l'altro, su un diritto fondamentale.

<sup>102</sup> Corte cost., n. 5/2018.

<sup>103</sup> E. CAVASINO, *Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio a quo, rilevanza e non manifesta infondatezza della questione ed effetti sull'istruttoria nel giudizio di legittimità costituzionale*, in [www.nuoveautonomie.it](http://www.nuoveautonomie.it), *Speciale obbligo vaccinale*, cit.; A. MANGIA, *Un raffinato esempio di distinguishing. Se la fonte è il fatto, che deve fare il giudice quando il fatto cambia?*, *ivi*

<sup>104</sup> CGARS, ord. 22 marzo 2022, n. 351.

farmacovigilanza post vaccinazione, con il rischio che in nome della vaccinazione di massa risulti sbiadita la considerazione della singola persona umana.

Anche alla luce dell'esito – seppur provvisorio – della vicenda, Il dubbio è che nel caso di specie l'istruttoria sia volta a dimostrare (più che a dubitare) l'incostituzionalità della legge. In altre parole, è come se il giudice volesse sostituire l'attività istruttoria nel processo amministrativo all'istruttoria legislativa o ancora ai poteri istruttori della Corte nel giudizio di legittimità.

Ciò pare avere delle conseguenze anche sul fronte della tenuta del principio di indegradabilità dei diritti fondamentali, nella misura in cui sottende l'idea di fondo che il giudice amministrativo finisce per essere l'autorità più adatta a sindacare questo tipo di scelte<sup>105</sup>. La devoluzione al g.a. appare addirittura un'opportunità sul fronte delle possibilità di esercizio dei diritti in questione. I diritti, quanto più sono fondamentali, paradossalmente tanto più sono condizionati. Su almeno due fronti. Quello organizzatorio: in uno stato di prestazioni sociali, molto spesso non c'è diritto effettivo se non ci sono scelte organizzazione e procedure adeguate, frutto di esercizio potere. Emblematico il caso Englaro: dopo che Cassazione aveva riconosciuto che diritto alla salute è anche diritto alla interruzione delle cure, il diritto alla salute è stato declinato in una veste particolare quando il giudice amministrativo ha annullato il diniego dell'ospedale di individuare una struttura e un percorso procedurale per gestire la cessazione delle cure<sup>106</sup>. Quello economico: nel settore delle prestazioni, il diritto alla salute è, come noto, settore di "scelte tragiche"<sup>107</sup>. Il tema della limitazione delle risorse economiche costringe all'esercizio di un potere di discernimento, che garantisce al diritto fondamentale di esistere, sia pure nell'ambito della cd. riserva del possibile.

Il progresso della medicina e della tecnica ha, infatti, prodotto aspettative e istanze rispetto alle quali la riflessione giuridica e il legislatore non erano preparati, così che è toccato ai giudici il compito di trovare, caso per caso, il bilanciamento tra i diritti, tra nuove aspettative e fondamenti etici dell'ordinamento, tra prestazioni esigibili e tenuta economica del sistema.

In questa prospettiva il dato sostanziale si coniuga con quello processuale: il g.a. ha un ruolo chiave nel sorvegliare che il potere di selezione sia esercitato seguendo criteri razionali e ragionevoli, scongiurando le illegittime disparità di

---

<sup>105</sup> Cfr., in tema di contenzioso relativo alle misure di contenimento della pandemia, la giurisprudenza puntualmente richiamata da F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in pubblicazione in *Dir. proc. amm.*

<sup>106</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214.

<sup>107</sup> Si allude al noto lavoro di G. CALABRESI e P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, trad. it., Milano, 2006, tornato in auge con la drammatica vicenda del Covid-19, su cui v. l'intervista di R.G. Conti a P. Bobbit, *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbit riflette sulla pandemia*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 17 maggio 2020. Cfr. ora anche J. HABERMAS, *Proteggere la vita. I diritti fondamentali alla prova della pandemia*, Bologna, 2022.

trattamento, che altro non sono che la variante lessicale del concetto, forse più accattivante ma meno plastico, di discriminazione.

In buona sostanza, la perdita di tenuta del principio di legalità, compensata sul piano del redivivo Stato amministrativo, implica un giudice che spinga in avanti il proprio sindacato sulla discrezionalità tecnica, anche alla luce dei parametri elastici della *soft law*, e un'amministrazione che rimodelli la propria organizzazione e i propri saperi tecnici, non a caso tornati al centro del dibattito sulle riforme amministrative<sup>108</sup>.

Certo tale ruolo sempre più spiccato di arbitraggio del g.a. presenta anche una serie di rischi di esondazione dal proprio carattere giurisdizionale soggettivo e di parti come scolpito negli artt. 24 e 113 Cost. (come emerge dalla recente remissione alla Consulta dell'obbligo vaccinale), a meno che non si intenda rivitalizzare la sua connotazione super-consulenziale e di tutela di giustizia nell'amministrazione come discendente dall'art. 100 Cost.

#### 6. *Conclusioni: un problema di rapporti tra settori scientifici disciplinari?*

Il sintetico quadro sopra descritto pecca, evidentemente, di eccessiva semplificazione.

In ogni caso a me pare che, più o meno consapevolmente, mai come nel settore dei rapporti tra norme tecniche e *soft law* le due anime portanti del diritto pubblico nostrano abbiano marcato faglie di dissidio e scontro.

Senza voler generalizzare, i costituzionalisti sembrano maggiormente attenti al principio di legalità e al mantenimento del circuito rappresentativo democratico, e quindi propensi a criticare meccanismi di legittimazione quali la legalità procedurale e la teoria dei poteri impliciti. In questo senso, paiono maggiormente riflettere le perplessità di una certa filosofia post-strutturalista di origine continentale<sup>109</sup>.

Gli amministrativisti, invece, sembrano più propensi a giustificare il fenomeno della *soft law*, nella implicita consapevolezza della ineluttabilità di una ormai radicata tendenza contemporanea, figlia della giuridicità “debole” che connota i nostri tempi. Ciò si manifesta sia nei casi in cui si tratta di “giuridificare” settori in cui la delicatezza della materia impone di rispettare il pluralismo e l'autonomia individuale e sociale delle persone, sia nei casi in cui è marcato il ruolo della scienza, e quindi il rinvio a nozioni extra-giuridiche, ove più facilmente vengono in rilievo principi generali (es. il principio di precauzione). In questo senso, nella

<sup>108</sup> AA.VV., Annuario Aipda 2019, *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione?*, Napoli, 2020.

<sup>109</sup> Si v., ad es., l'insistito richiamo a Foucault nel recente saggio di R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit.

maggiore neutralità del loro approccio, gli amministrativisti paiono privilegiare maggiormente l'inquadramento delle regole tecniche in chiave analitica, come regole che prescrivono un comportamento in quanto mezzo per perseguire un determinato fine, un determinato "risultato". Non è un caso che la riflessione sull'amministrazione di risultati sia stata oggi riattualizzata alla luce del dibattito sulla regolazione "gentile" o *nudge*<sup>110</sup>. E non è un caso che la *soft law* possa essere ricondotta serenamente a norma terziaria nella misura in cui si accentui il tradizionale ruolo pretorio della giurisprudenza amministrativa operante per principi, come fattore di chiusura garantista del sistema<sup>111</sup>. È sotto tali profili che gli amministrativisti iniziano a interessarsi della tecnica e della scienza anche sotto il profilo della regolazione<sup>112</sup>, a fronte di un interesse classico che ha invece toccato il tema della discrezionalità tecnica e soprattutto del suo sindacato giurisdizionale<sup>113</sup>, e che solo da poco inizia come detto a lambire anche il campo dell'organizzazione.

Detto ciò, a me pare che dalla riflessione sui rapporti tra norme tecniche e *soft law* possano trarsi le seguenti conclusioni che, al netto dei dissidi disciplinari, per la loro rilevanza sistematica attraversano l'intero diritto pubblico contemporaneo, smussando potenziali visioni difformi.

Il diritto si sta tramutando in qualcosa di altro da sé, o per mancanza di ragioni a monte o per mancanza di ragioni a valle: o perché gli effetti normativi non sono più il frutto di una scelta razionale di un legislatore tra alternative possibili o perché si producono senza dovere trarre la loro forza motivante dalla creazione di incentivi razionali per i consociati. Un esempio emblematico di mancanza di ragioni a monte è dato dagli interventi legislativi che si realizzano per effetto di dinamiche di mercato. Questi non sono interpretabili come momenti di scelta consapevole di agenti tra valori etici antagonisti, ma più che altro come effetti pratici di leggi macroeconomiche. Un altro caso è rappresentato proprio dall'integrazione all'interno del tessuto giuridico tradizionale di norme tecniche, che producono effetti sulla società, in termini di standardizzazione e limitazione della libertà, senza essere imputabili alla volontà di un legislatore. Un caso di

---

<sup>110</sup> Sulla connessione fra *nudge* e neoliberalismo, in Italia v. O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020, 5, 30, anche per la connessione col tema della *soft law*. Cfr. anche A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021. Per un'analisi in chiaroscuro delle tesi sostenute in questo libro mi permetto di rinviare a G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in [www.ildirittoeconomico.it](http://www.ildirittoeconomico.it), 24 gennaio 2022.

<sup>111</sup> M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., *passim*.

<sup>112</sup> Da ultimo, fra i cultori del diritto costituzionale, v. invece L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 1/2021, 132 ss.

<sup>113</sup> Per un recente bilancio v. A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021.

mancanza di ragioni a valle è invece rappresentato da disposizioni ispirate alla teoria del nudging che non trattano i consociati come interlocutori razionali, ma piuttosto come cani di Pavlov, prevedibilmente portati per fattori psicobiologici a rispondere a certi input con determinati output<sup>114</sup>. A mancare in questo caso, per stare alla profonda natura del *nudge*, è quell'elemento della comprensibilità della norma, di recente definito "legalità linguistica", che ha tradizionalmente giustificato l'obbedienza<sup>115</sup>.

In tal senso, appare evidente che sullo sfondo si delinea un altro dissidio epocale, che chiama in causa la tenuta del principio di separazione dei poteri nonché i caratteri dell'ermeneutica per principi: tali sommovimenti possono essere letti o come inaccettabile rottura degli steccati tradizionali Legge-Amministrazione e Amministrazione-Giudice, o come ineluttabile linea di tendenza del diritto postmoderno.

È forse su questo minimo comun denominatore descrittivo che costituzionalisti e amministrativisti possono creare una lingua comune nell'esaminare gli spinosi rapporti fra *soft law* e norma tecnica. Quando Mario Nigro commenta lo Stato amministrativo in Carl Schmitt evidenzia, fra l'altro, la direzione *organizzativa* e quella *funzionale* del fenomeno<sup>116</sup>. Nel primo senso, lo Stato amministrativo è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Nel secondo senso 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>117</sup>.

Trarre conseguenze prescrittive da tale dato descrittivo di fondo può essere operazione più o meno condivisibile, a seconda che si acceda o meno alla tesi della "fallacia naturalistica" o della "legge di Hume"<sup>118</sup>. E toccherebbe pure la delicata questione del "tradimento dei chierici" e del senso del giurista, che rischia in un contesto a-costituzionale e meramente tecnico di ridursi a mero esperto senz'anima<sup>119</sup>.

Ma non è questa l'occasione dove poter tentare questa ulteriore impegnativa indagine.

<sup>114</sup> M. TARONI-M. UBERTONE, *Il diritto debole. Un'introduzione*, cit., 8. Sulla diffusione dell'analisi economica del diritto e degli strumenti dell'analisi di impatto della regolazione come base nei governi contemporanei per favorire, in chiave neolibérale, l'incontro fra valutazioni "tecniche" e valutazioni "politiche", v. G. TIBERI, *Governare con "spinte gentili"? Quando le scienze comportamentali incontrano la regolazione*, M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, entrambi in *Il Governo tra tecnica e politica*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Napoli, 2016, rispettivamente 293 ss. e 45 ss.

<sup>115</sup> N. IRITI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 13-43.

<sup>116</sup> M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, cit., 479.

<sup>117</sup> Peraltro, l'amministrazione creatrice di diritto trasforma a sua volta il ruolo del giudice amministrativo, che finisce a sua volta per interpretare creativamente. Cfr. in tal senso M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, 53 ss.

<sup>118</sup> Sul punto v. G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 137 ss.

<sup>119</sup> G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, cit., 116.

### **Abstract**

Il saggio parte dal tema del rapporto tra norme tecniche e *soft law* per indagare più in generale talune tensioni all'interno del nostro diritto pubblico. Dopo una introduzione sulle varie declinazioni della nozione di norma tecnica, anche nel dibattito filosofico, si analizza l'impatto della *soft law* in diversi ambiti del diritto pubblico contemporaneo e si prospetta di leggere tali dinamiche, fonte di costante tensione coi principi di legalità e separazione dei poteri, nel segno della progressiva amministrativizzazione del diritto contemporaneo.

### Technical norms and soft law

The essay starts by analyzing the theme of the relationship between technical norms and soft law. It then investigates more generally certain tensions within our public law. After an introduction on the various declinations of the notion of technical norm, also in the philosophical debate, the essay analyses the impact of soft law in different areas of contemporary public law aiming to read these dynamics, considered a source of constant tension according the principles of legality and separation of powers, in the light of the progressive administration of contemporary law.



# Perplexità decisionale e intellegibilità del potere\*

di Edoardo Giardino

SOMMARIO: 1. Il primato della chiarezza e l'univocità decisionale. – 2. La perplexità decisionale quale vizio intrinseco dell'atto. Perplexità decisionale e motivazione perplessa tra diversità ed analogie. Perplexità ed apparenza decisionale. – 3. Il parametro violato e la natura del vizio inveratosi. La perplexità decisionale tra motivazione-testo e motivazione-contenuto. – 4. Perplexità decisionale e riesercizio della funzione. L'ibridazione dei poteri e la violazione della pretesa all'intellegibilità del potere esercitato. – 5. La natura degli effetti dell'atto tra aporie e perplexità. La volontà amministrativa e l'ambiguità degli effetti lesivi dell'atto endoprocedimentale. – 6. Ambiguità decisionale e giustificazione postuma: la prevalenza delle pretese partecipative sul principio del raggiungimento dello scopo. Il vizio motivazionale e la convalida dell'atto. – 7. Perplexità decisionale e inosservanza del canone di buona fede: la rilevanza della funzione e l'oggettivazione del giudizio. – 8. Intellegibilità del potere e certezza del diritto.

## 1. *Il primato della chiarezza e l'univocità decisionale*

Nel novero dei principi che regolano le relazioni giuridiche si è soliti sussumere, altresì, il vincolo della chiarezza, in virtù del quale la parte deve poter comprendere, agevolmente, l'altrui volontà così da poterne calcolare e misurare gli effetti.

E ciò risulta viepiù indefettibile laddove il rapporto postuli l'esercizio di un potere amministrativo, la cui capacità di incidere sulla sfera giuridica del destinatario rende l'intellegibilità della scelta una pretesa irrinunciabile.

Consapevoli che le “*parole* tracciano l'orizzonte, entro cui rifluiscono i risultati di ogni indagine”<sup>1</sup>, anche l'atto amministrativo deve ispirarsi al principio di chiarezza, quindi a quel bisogno di univocità di scelta, che costringe il decisore a risolvere la sua volontà “in favore di nettezza e limpidezza, sicché all'interprete si offrano sequenze di fattispecie ed effetti, e cerchie di limitati significati”<sup>2</sup>.

Trattasi, questo, di un valore giuridico, invero universale, funzionale alle esigenze di tutela “tanto (...) del cittadino quanto (...) dell'azione amministrativa”<sup>3</sup>, che, se disatteso, rende la funzione “mal esercitata, sia perché non risultano le ragioni della scelta decisionale, sia perché non si determinano in modo definitivo i comportamenti imposti ai destinatari”<sup>4</sup>.

---

\* Il presente saggio è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*.

<sup>1</sup> N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 14.

<sup>2</sup> N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, 2015, 37.

<sup>3</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 639.

<sup>4</sup> *Ibidem*. L'esigenza della chiarezza decisionale risulta viepiù indefettibile in seno all'attuale

La chiarezza dell'atto facilita, così, il momento ermeneutico, rendendo l'interpretazione uno strumento ricettivo o ricognitivo dell'esistente e non già fonte di nuove fattispecie<sup>5</sup>. L'interpretazione viene, pertanto, preservata nella sua funzione essenzialmente, seppur non esclusivamente, dichiarativa, al fine di non vanificare come e quanto la funzione ha inteso regolare<sup>6</sup>, *a fortiori* se la

---

ordinamento, laddove – secondo M. IMMORDINO (*Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a.*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, 2020, 2799) – “ad una dequotazione della situazione di “privilegio” tradizionalmente riconosciuta all'amministrazione a fronte del cittadino/suddito, ha corrisposto un innalzamento delle garanzie delle situazioni giuridiche del privato”.

<sup>5</sup> M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939 e in ID., *Scritti*, vol. I, Miano, 2000, 68. Più in generale, sul valore della chiarezza, cfr. P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, Roma, 2012, 20-21, il quale osserva che “nel 1801 Ugo Foscolo, il capitano Ugo Foscolo, fu incaricato dal ministero della guerra della Repubblica Cisalpina di preparare un progetto di Codice penale militare; e di questo progetto egli fece la relazione introduttiva col titolo di *Idee generali del lavoro*, nella quale egli si proponeva, testualmente, di compilare tutta l'opera “in uno stile rapido, calzante, conciso, che non lasci pretesto all'interpretazione delle parole, osservando che assai giureconsulti grandi anni e assai tomi spesero per commentare leggi confusamente scritte. Si baderà ancora a una religiosa esattezza della lingua italiana”. Per H. KELSEN (*La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 381) l'interpretazione è “un procedimento intellettuale che accompagna il processo dell'applicazione del diritto nel progressivo passaggio da un piano superiore ad un piano inferiore”. Sull'indeterminatezza relativa del grado giuridico inferiore rispetto a quello superiore, H. KELSEN (*Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, 117-118) osserva che “(i)l rapporto fra un grado superiore e uno inferiore dell'ordinamento giuridico, come fra costituzione e legge, o fra legge e sentenza, è un rapporto di determinazione o di vincolo. La norma di grado superiore (...) regola l'atto con cui viene prodotta la norma di grado inferiore (o l'atto di esecuzione se si tratta soltanto di questo); essa determina, con ciò, non soltanto il procedimento in cui viene prodotta la norma più bassa, ma anche eventualmente il contenuto della norma da prodursi. Ma questa determinazione non è mai completa. La norma di grado superiore non può vincolare in tutti i sensi l'atto per mezzo del quale viene eseguita. Sempre deve rimanere un margine più o meno ampio di potere discrezionale in modo che la norma di grado superiore, in rapporto all'atto di produzione o di esecuzione che la eseguisce, abbia sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere riempito per mezzo di questo atto”.

<sup>6</sup> Secondo M.S. GIANNINI (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., 68 n. 81) a ben vedere “(i)n questo senso solo ci sembra che abbia portata di diritto la disputa filosofica circa l'essere l'atto dell'interpretazione creativo e non ricettivo. Noi qui propendiamo per la seconda soluzione, in quanto riteniamo che, giuridicamente parlando, a quello che in sede filosofica è compreso nella nozione unica di interpretazione, corrispondano più istituti giuridici (...) La questione filosofica, infatti, più che l'atto, ci sembra debba prendere in considerazione l'intera attività dell'interprete-applicante il diritto. Nella dogmatica giuridica germanica si tende in generale ad attribuire all'interpretazione il significato stretto che anche noi le attribuiamo, e vicino a questa si pongono altri istituti che non sono solo una *Auslegung*, ossia un ri-cavare dalla proposizione giuridica ciò che per il mondo giuridico acquisti rilievo”. Sulla giurisprudenza quale fonte del diritto cfr. J.C. GRAY, *Nature and Sources of the Law*, New York, 1909, 84, per il quale il diritto dello Stato “o di qualsiasi corpo sociale organizzato, è composto dalle norme che i tribunali, cioè gli organi giudiziari di quel corpo, pongono per la determinazione dei diritti e dei doveri giuridici”. Per l'Autore quindi “(i)l corpo di regole che essi pongono non è

decisione risulta chiara, poiché “se il testo” (invero qualsiasi testo) “non consente ambiguità, non è possibile discostarsene”<sup>7</sup>.

Pertanto, pur consapevoli che il ragionamento deduttivo non possa esaurire l'analisi giuridica nella sua integralità, tuttavia, non v'è dubbio che il testo, a sua volta, non possa assumere logicità se le sue premesse sono ambigue<sup>8</sup>.

E così, anche l'interpretazione dell'atto amministrativo consiste nell'attività volta ad attribuire un significato al provvedimento, al pari di quanto accade per il negozio giuridico. E pur trattandosi di un'attività di evidente rilievo, in particolare ove il contenuto e il significato dell'atto rechino perplexità, non esistono disposizioni che disciplinano organicamente l'interpretazione del provvedimento, donde l'applicazione allo stesso, per analogia, delle norme civilistiche di cui agli artt. 1362 ss. c.c.<sup>9</sup>.

Vale, così, per il provvedimento quanto vale per il negozio giuridico, entrambi necessitando di una univocità contenutistica, potendosi ritenere che anche la decisione amministrativa esprima “un tutto unitario, da interpretare nella sua interezza: un tutto, fra le singole parti, del quale (...) non è ammissibile una separazione netta”<sup>10</sup>.

La polisemia decisionale, quindi, non può preferirsi alla monosemia dei contenuti, che è tale perché scevra tanto da equivocità che ostacolano la comprensione del tipo di potere esercitato, quanto da interpretazioni che, divergendo, si contraddicono. Sicché, piuttosto che “ricavare dalla chiarezza di un

---

l'espressione di un Diritto preesistente, ma il Diritto stesso” (Id., *op. ult. cit.*, 96). Per H. Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2000, 156) John Chipman Gray “è nel giusto allorché, contro l'opinione tradizionale, sostiene che i tribunali creano diritto. Ma è in errore allorché ritiene che il diritto viene creato soltanto dai tribunali. Soprattutto se si intende il rapporto dinamico fra la sentenza e la legislazione, diventa impossibile spiegare perché soltanto quella, ma non questa, dovrebbe rappresentare il diritto”. Per F. Modugno (*Interpretazione giuridica. L'oggetto*, Tomo I, Vicenza, 2015, 28) “(i)nterpretazione degli atti-testi-documenti giuridici, da un lato, e ricostruzione dei fatti, dall'altro, costituiscono, insieme, la c.d. concretizzazione (*Konkretisierung*) del diritto, di cui sono inseparabili momenti”.

<sup>7</sup> E. Paresce, *Interpretazione I. Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII Milano, 1972, 235. Per un ridimensionamento del “*sensus grammaticus*” dell'interprete, cfr. N. Irti, *Testo e contesto*, cit., 190-191, per il quale: “Nessuna *chiarezza* può essere raggiunta quando le parole siano assunte soltanto nell'accezione grammaticale, la quale segna bensì il principio, ma non il risultato dell'attività interpretativa”. Al riguardo, v. inoltre G. Zaccaria, *Tra ermenutica e analitica: dal contrasto alla collaborazione*, in *Ermenutica e filosofia analitica – Due concezioni del diritto a confronto* (a cura di M. Jori), Torino, 1994, 143, secondo cui “la riduzione della plurivocità non si può tanto conseguire su un piano puramente *testuale*, quanto piuttosto su di un piano *contestuale*, dove per contesto deve intendersi sia il contesto linguistico e istituzionale di enunciazione, sia il contesto di applicazione ad una situazione di tipo particolare”.

<sup>8</sup> Cfr. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 290 e 289.

<sup>9</sup> TAR Valle d'Aosta, Sez. Unica, 3 agosto 2020, n. 33.

<sup>10</sup> E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 279.

testo la conseguenza che è ragionevolmente impossibile non esser d'accordo sul suo significato e sulla sua portata, andrebbe affermato piuttosto il contrario: visto che ciò non è oggetto di interpretazioni divergenti e ragionevoli lo si considera chiaro”<sup>11</sup>.

In altri termini, è la chiarezza del testo ad agevolare l'interpretazione, l'una risultando presupposto dell'altra, tanto da indurre a ritenere che il noto brocardo *in claris non fit interpretatio* si risolva “paradossalmente in un altro: *in obscuris non fit interpretatio*”<sup>12</sup>.

La chiarezza, così intesa, non esprime una qualità intrinseca dell'atto bensì riflette l'assenza dell'equivoco, quindi, del conflitto<sup>13</sup>, sì che gli effetti dell'atto stesso coincidano con ciò che il destinatario possa ragionevolmente intendere<sup>14</sup>. E ciò deve avvenire nel segno del buon andamento e della buona fede, che impongono all'amministrazione, altresì, di operare in modo chiaro e lineare, onde fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto se da esse possano derivare conseguenze lesive<sup>15</sup>.

Un paradigma, questo, che ormai permea la funzione tutta, esso trovando infatti sintesi nell'ordinamento, per il quale i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, trad. it. G. Crifò, Milano, 1979, 72. In ordine al testo legislativo, cfr. P. PERLINGIERI (*Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, 141 ss.), per il quale: “Porsi il problema della chiarezza di un testo (...) non ha senso se limitato al primo impatto della “precomprensione”, cioè al profilarsi della prima lettura e quindi di una sommaria interpretazione; la qualifica di chiarezza attribuibile ad un testo (...) ha senso invece là dove sia il risultato, un dopo, della sua interpretazione attuata nella complessità dell'ordinamento e dell'esperienza. Chiaro sarà quel testo che, letto in connessione con gli altri testi, con i principi ed i valori giuridicamente rilevanti acquisterà forza normativa senza che sia necessario forzare apertamente la sua lettera. Tuttavia, pur sempre la sua lettura non potrà essere influenzata dalla conoscenza o lettura dell'universo normativo. La chiarezza in tal guisa non implica tuttavia un giudizio di congruenza tra “significato naturale” delle parole adoperate e la soluzione prescelta”.

<sup>12</sup> N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 65.

<sup>13</sup> N. IRTI, *op. ult. cit.*, 64 n. 20.

<sup>14</sup> Per H. KELSEN (*La dottrina pura del diritto*, cit., 381-382) infatti “anche gli individui che devono non già applicare, ma obbedire al diritto, tenendo quel comportamento con cui si evita la sanzione, devono comprendere le norme cui devono obbedire e quindi accertarne il significato. (...) Ne risultano due tipi di interpretazione chiaramente distinguibili l'uno dall'altro: l'interpretazione del diritto da parte dell'organo che deve applicarlo e l'interpretazione del diritto che ha luogo non da parte di un organo giuridico, ma di una persona privata e, particolarmente, da parte della scienza del diritto”. È stato osservato che “(l)a *controversia interpretativa* è sempre *controversia sugli effetti*, che da una parte si vogliono ricollegare a una certa fattispecie, e che dall'altra vengono negati ed esclusi” (N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 194).

<sup>15</sup> Cfr. TAR Sardegna, Sez. II, 4 maggio 2020, n. 260; Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497.

<sup>16</sup> Art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990.

Il provvedimento va, pertanto, inteso nella sua “oggettiva legalità”<sup>17</sup> ossia nei suoi significati tipici, gli unici che possono garantire la trasparenza<sup>18</sup> dell’azione, salvaguardare l’affidamento del destinatario, preservare l’uguaglianza, scongiurando, quindi, l’anonimato<sup>19</sup> del potere e il suo arbitrio<sup>20</sup>.

Tutto questo vale a prescindere dal *nomen iuris* recato dall’atto, sicché l’apparenza, determinata da formulazioni testuali improprie, che la rendono irrilevante, non vincola l’interprete, rilevando, invece, la sussistenza dei presupposti formali e sostanziali che riflettono il potere realmente esercitato<sup>21</sup>.

E così, in giurisprudenza, si è soliti rimarcare che “l’esatta qualificazione di un provvedimento amministrativo va effettuata tenendo conto del suo effettivo contenuto e della sua causa, anche a prescindere dal *nomen iuris* formalmente attribuito dall’Amministrazione, con la conseguenza che l’apparenza derivante da una terminologia eventualmente imprecisa od impropria, utilizzata nella

<sup>17</sup> Cfr. N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 165, il quale, altresì, osserva che: “L’oggettività esalta il senso di responsabilità ed eccita l’avvedutezza del parlante. Questi sa che l’uso della parola non è mai innocuo; e che qualsiasi testo linguistico reca in sé il rischio dell’oggettività. Non si tratta di vecchie antitesi, tra volontà e dichiarazione, tra realtà ed apparenza, tra interna verità ed esterna falsità; ma di ciò, che il testo segna l’estremo orizzonte dell’interprete, il quale può percorrerlo o con l’ausilio dell’intenzione comune alle parti o con le semplici risorse della lingua” (ID., *op. ult. cit.*, 180).

<sup>18</sup> Sul fondamento costituzionale della trasparenza amministrativa, cfr. A. BARONE, *La trasparenza e il diritto di accesso*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 200, per il quale: “La trasparenza amministrativa, in tal guisa, resta ancorata ai principi di imparzialità e buon andamento ma si apre al contempo ad altri valori dotati di dignità costituzionale: integrità e lealtà al servizio della nazione nella prospettiva della prevenzione in via amministrativa del rischio corruzione nella pubblica amministrazione (artt. 54 e 98 Cost.)”. Un’amministrazione trasparente postula “il passaggio da una concezione dell’amministrazione di tipo soggettivo-istituzionale ad una concezione di tipo oggettivo-funzionale” (M. IMMORDINO (*Il responsabile del procedimento*, in *Codice dell’azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), Milano, 2017, 533).

<sup>19</sup> Sull’“anonimato” quale antico privilegio della pubblica amministrazione, cfr. M. IMMORDINO, *Il responsabile del procedimento*, cit., 531.

<sup>20</sup> Secondo G. DE GIORGI CEZZI (*Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?* in *federalismi.it*, 18.3.2020, 210) diventa “utile allora ricordare che la ‘libertà dalla paura’ riguarda fra i vari temi quello dell’uguaglianza intesa come libertà dal privilegio e dall’arbitrio dell’autorità, e in particolare dell’applicazione amministrativa di quella libertà (...)”. Secondo l’Autrice (*I diritti fondamentali procedurali e il mondo degli interessi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli, 2020, 1615) laddove “si osserva la dimensione amministrativa della c.d. ‘libertà dalla paura’ ci si accorge pertanto che la stessa, proprio in quanto impone il soffrire (...) finisce con l’averne un’incidenza non solo sulla persona ma anche sulla collettività. Rispetto alla persona, definire i rapporti tra l’autorità e la libertà richiede il controllo sulla possibile trasmutazione negli strumenti amministrativi di tecniche che non si possono dire immuni da violazioni del principio istituzionale di cui si parla, per il solo fatto di assumere la forma amministrativa (...)”.

<sup>21</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 dicembre 2019, n. 8214. V., anche, Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2019, n. 5921; TAR Sardegna, Sez. II, 4 maggio 2020, n. 260. Sull’apparenza come “situazione di fatto che manifesta e fa apparire reale una situazione giuridica non reale” cfr. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 823.

formulazione testuale dell'atto stesso, non è vincolante, né può prevalere sulla sostanza e neppure determina di per sé un vizio di legittimità dell'atto, purché ovviamente sussistano i presupposti formali e sostanziali corrispondenti al potere effettivamente esercitato<sup>22</sup>.

2. *La perplessità decisionale quale vizio intrinseco dell'atto. Perplessità decisionale e motivazione perplessa tra diversità ed analogie. Perplessità ed apparenza decisionale*

La perplessità decisionale è quel tratto che rende oscuro il contenuto del provvedimento, il quale, così, risulta inidoneo a palesare ovvero a rendere intellegibile il tipo di potere che l'amministrazione ha scelto di espletare. Trattasi di profilo che riflette ed amplifica quel “mistero”<sup>23</sup> che caratterizza l'illegittimo esercizio del potere per eccesso di potere, un vizio, questo, ancora oggi, concettualmente non definito dal legislatore<sup>24</sup>.

Si è soliti, infatti, sussumere detta ambiguità decisionale proprio in quel cattivo uso del potere, che legittima il giudice amministrativo a sindacare il processo di formazione della decisione e, dapprima, l'identità del potere stesso. L'identificazione del potere esercitato diviene, così, la preconditione del sindacato della funzione e, quindi, dell'atto adottato, non potendosi valutare il corretto esercizio della funzione se prima non si accerta la natura del potere reso. Si ravvisa, così, nella fattispecie quel disvalore costituito da un potere di scelta sviato, tale perché volto a deviare l'attività decisionale “dalle norme che disciplinano nei suoi elementi l'atto in cui pretende esercitarsi (eccesso di potere – per vizio – intrinseco)”<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> TAR Veneto, Sez. I, 14 gennaio 2021, n. 52. E sempre in giurisprudenza si è così rimarcato: “È infatti noto che “Ai fini della di una corretta qualificazione della sua natura l'atto amministrativo va interpretato non solo in base al tenore letterale, ma soprattutto in base al suo specifico contenuto e risalendo al potere concretamente esercitato dall'amministrazione, prescindendo dal *nomen iuris* che gli è stato assegnato” (Cons. Stato, sez. II, 30 settembre 2019, n.6534). In assenza di specifiche disposizioni, gli atti amministrativi vanno infatti interpretati secondo le regole fissate dal codice civile per l'interpretazione del contratto, sia pure adeguandole alla natura dell'atto medesimo, espressione di un potere pubblico. In particolare, ove il dato letterale non conduca ad una interpretazione univoca, sarà possibile valutare il contenuto complessivo dell'atto, applicando in via analogica i criteri interpretativi di cui agli artt. 1362 e ss. del codice civile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2019, n.6378). In sostanza, l'individuazione del potere esercitato dall'amministrazione deve farsi discendere non già (o non soltanto), dal *nomen iuris* che gli viene formalmente attribuito o dal compendio normativo richiamato, bensì dalla funzione cui concretamente assolve” (Cons. Stato, Sez. IV, 5 giugno 2020, n. 3552).

<sup>23</sup> Sull'eccesso di potere quale vizio che reca “un suo mistero”, cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 183 nonché A. PIRAS, *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 604.

<sup>24</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 2006, 992-993.

<sup>25</sup> F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 1035. Secondo B.G. MATTARELLA (*Il provvedimento*, in *Trattato*

L'amministrazione, del resto, deve assumere scelte che siano la conseguenza della funzione, donde il nesso che lega il potere alla decisione, la quale così diviene l'esito del potere stesso<sup>26</sup>. Del resto, la funzione amministrativa "non è la generica attività amministrativa, ma la specifica attuazione di un potere"<sup>27</sup>, ossia il suo concretarsi "in un singolo atto amministrativo"<sup>28</sup>.

---

*di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, 2003, 978) affinché "il potere amministrativo venga validamente esercitato, non è sufficiente che tutte le norme che lo riguardano siano rispettate, è altresì necessario che le scelte riservate all'amministrazione siano fatte in modo da assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico". Per P. GASPARRI (*Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 128) l'eccesso di potere può concepirsi come "una metatesi intesa a mettere in evidenza che non tanto il potere, quanto l'organo titolare di un potere e responsabile del suo uso, è uscito dal binario logico che la legge gli prescrive di rispettare nei ragionamenti preliminari alle decisioni sull'uso del potere". L'Autore, nel ricondurre la "perplexità", che riguarda l'atto, nell'alveo dei sintomi di eccesso di potere intrinseci all'atto stesso, precisa che detti sintomi "sono in genere connessi alla motivazione: cioè a quella parte dell'atto che si richiede appunto per dare ragione dell'iter logico seguito dall'organo nel fare la sua scelta dispositiva o consultiva" (Id., *op. ult. cit.*, 131). Del resto, l'Autore precisa che i sintomi intrinseci di eccesso di potere "consistono (...) in modi di essere della sua redazione, e sono rilevabili da una semplice lettura di esso" (*Ibidem*).

<sup>26</sup> Sulla funzione quale "relazione tra il potere e l'atto amministrativo", cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1025.

<sup>27</sup> F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 1018.

<sup>28</sup> F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 1020 n. 60. L'Autore osserva che con la suddetta "concretizzazione (...) il potere, e così la modificazione giuridica astrattamente preordinata, assume una effettività reale, si adegua cioè ad una realtà, nei cui confronti diviene operante, trasfondendosi in un atto: il quale è, infatti, l'applicazione puntuale di un potere ad una realtà. Ora però questo concretarsi del potere in un atto non è mai così istantaneo che tra il potere e l'atto, che ne è espressione, non vi sia almeno uno *jatus*: solo se il potere si trasformasse istantaneamente nell'atto la sua trasformazione non assumerebbe mai una propria reale individualità. Ma, quando manca una tale istantaneità tra il potere e l'atto, vi è qualche cosa che, mentre si concreta, non è più potere ma non è ancora atto. (...) Sotto il profilo obbiettivo, dunque, la funzione è un momento della concretizzazione del potere in un atto: momento di cui è appena da sottolineare qui la sostanziale unitarietà" (Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., 1119-1120). Sulla plurivocità dell'espressione "funzione", l'Autore osserva che detta espressione "può infatti avere vari significati a seconda che la si consideri nel linguaggio delle diverse scienze. Nel diritto suole essere usata, secondo una sua lata e spesso ambigua accezione, precisamente onde esprimere sia il concetto di competenza, sia, per lo più, il concetto di "esercizio di un potere in ordine ad un effetto". Come tale espressione non può essere usata per indicare un concetto diverso da quello di attività, che è ciò che essa esprime e qualifica secondo una sua nota particolare. Nel testo invece l'espressione è usata in un senso proprio. Si osserva che l'attività è l'estrinsecazione di un potere, tende a realizzarsi in un atto: ma tra l'attività, e l'atto, benché la prima implica il secondo, vi è una distanza nettamente segnata, il cui spazio è occupato dalla funzione. Funzione è dunque, in senso stretto, non un aspetto dell'attività, ma è l'attività nel suo farsi e perciò rappresenta un momento dell'agire in cui questo non è ancora atto, ma è però già più che attività e cioè più che l'astratta possibilità di agire sia pure in vista di un fine o per un effetto (...) cosicché è pienamente giustificato l'uso dell'espressione funzione ad indicare, se usata in senso lato, l'attività amministrativa in ordine ad un fine amministrativo, e, se usata in senso stretto, il realizzarsi dell'attività amministrativa, natural-

La sussunzione della perplessità decisionale nella categoria dell'eccesso di potere, pertanto, rende il vizio generato non già espressione di una "ribellione (...) al disposto di una norma"<sup>29</sup>, bensì una "patologia che si manifesta in via di deduzione logica complessa"<sup>30</sup>.

Non essendo quindi "chiaro quale sia il potere esercitato dall'amministrazione"<sup>31</sup>, il provvedimento risulta viziato "perché sussiste il dubbio che il potere sia stato speso per un fine diverso da quello tipico"<sup>32</sup>. La perplessità, in tal guisa, atterrebbe all'incertezza che affligge il processo volitivo della p.a., costituita, in particolare, da quelle esitazioni o dubbi che segnano la natura della determinazione adottata ovvero il potere che si è inteso esercitare<sup>33</sup>.

Una ipotesi, quella della 'perplessità', dalla giurisprudenza ritenuta distinta dalla figura della 'motivazione perplessa', giacché mentre la prima precluderebbe la possibilità di "individuare quale sia il potere in concreto esercitato dall'amministrazione"<sup>34</sup>, la seconda, invece, impedirebbe di identificare "il potere di cui l'amministrazione intese far uso, dal momento che nel provvedimento sono enunciati vari motivi, inerenti a diversi istituti ed a diverse potestà"<sup>35</sup>. Quest'ultima rifletterebbe, altresì, un'ipotesi di illogicità e di contraddittorietà della decisione, laddove la decisione recasse "una pluralità di motivi inconciliabili (...) o semplicemente non univoci (...) non invece quando si adducano motivi diversi, ma tra loro non contrastanti"<sup>36</sup>.

---

mente qualificata anche in realizzazione ai suoi scopi, nell'atto amministrativo" (ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1018-1019, n. 59).

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. Sez. VI, 13 aprile 1992, n. 256.

<sup>30</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 510.

<sup>31</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 541.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 8. Sulla certezza dei rapporti giuridici quale principio dell'ordinamento cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo* (a cura di F.G. SCOCA), Torino, 2021, 322, secondo la quale: "La stabilità e la certezza dei rapporti giuridici costituiscono, infatti, al pari del principio di legalità e del buon andamento, un principio fondante dell'ordinamento". In giurisprudenza (cfr. Cons. Stato Sez. V, 27/06/1983, n. 270) si è ritenuto illegittimo l'atto amministrativo la cui motivazione, pur formalmente ampia e articolata, risulti in definitiva ambigua e perplessa (nella specie: trattavasi del provvedimento di dimissione di un pubblico dipendente per esito insoddisfacente del periodo di prova preceduto da una motivazione in sostanza più favorevole all'interessato che contraria).

<sup>34</sup> La giurisprudenza è rievocata da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 532.

<sup>35</sup> *Ibidem*. Sulla motivazione perplessa o dubitativa, cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, cit., 131, per il quale detta perplessità si configura qualora la motivazione sia "redatta in modo da far ritenere che l'organo, quando ha agito, non era convinto della verità e dell'esattezza dei fatti addotti a movente, o dei valori a questi da esso attribuiti".

<sup>36</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, cit., 7. Sussiste l'illogicità del provvedimento laddove "ricorra un vizio nell'iter seguito per formulare la valutazione" (R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 539). Sulla sussunzione della motivazione contraddittoria nell'alveo della violazione di legge, in quanto vizio di esternazione, cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 437.

Si assiste, così, ad un atto che, per la sua opacità, si rivela del pari irragionevole, quindi, lesivo dell'esigenza di certezza del diritto pretesa dal cittadino, il quale, qualora conculcato nella sua sfera giuridica, esige di conoscere, chiaramente, le ragioni del provvedimento<sup>37</sup>.

In realtà, si tratta di ipotesi strettamente connesse<sup>38</sup>, se non espressione di una fattispecie unitaria, poggiando il distinguo su sfumature terminologiche che non giustificano diversità tipologiche, costituendo, a ben vedere, situazioni ontologicamente riconducibili al medesimo *genus*. Si profila, infatti, un atto, in ogni caso, segnato da un'ambiguità decisionale causata da una eterogenea motivazione, che diviene ambigua ed oscura perché fondata su differenti presupposti ed antitetiche finalità<sup>39</sup>. Anzi, si può ritenere che è proprio – e per molti versi solo – la motivazione che rende evidente il vizio generato dalla perplexità, la quale, infatti, può inverarsi e rivelarsi solo laddove l'amministrazione tenti di giustificare la propria scelta.

In entrambi i casi, infatti, la suddetta plurivocità ostacola il compito del giudice di indagare la conformità del potere alla fattispecie normativa, ossia all'insieme degli elementi, formali e sostanziali, che la costituiscono<sup>40</sup>, incluso, quindi, il fine per il cui conseguimento il potere stesso è stato tipizzato. La perplexità decisionale, così intesa, inficia il contenuto stesso dell'atto<sup>41</sup>, postulando una scelta che non consente al destinatario della funzione ed al giudice di conoscere la tipologia del potere esercitato<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 367, per il quale quindi “Non è sufficiente, cioè, che l'attività amministrativa sia obiettivamente ragionevole; occorre che le ragioni che la sorreggono siano rese manifeste al privato, attraverso la motivazione”.

<sup>38</sup> Si osserva, infatti, che “(i)l sovrapporsi del difetto di motivazione ad altre figure distinte di eccesso di potere è evidente (...) nell'ipotesi di motivazione perplesso, legata in maniera assai stretta alla più generale figura della perplexità” (R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 532).

<sup>39</sup> In giurisprudenza, da tempo, si ritiene che “l'enunciazione dei motivi separati e giuridicamente indipendenti, promiscuamente caratteristici di diversi istituti e potestà, impedisce la identificazione del potere di cui l'Amministrazione ha inteso far uso” (Cons. Stato, Sez. VI, 29 ottobre 1951, n. 537).

<sup>40</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, cit., 3.

<sup>41</sup> Sull'eccesso di potere come vizio del contenuto dell'atto, cfr. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1910, 223 ss.; K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, 388 ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, Tübingen, 1911, 189 ss. Di contrario avviso è F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1003-1004, per il quale “(n)on è (...) infatti concepire il contenuto come un elemento dell'atto amministrativo. Sia invero che per contenuto dell'atto si intenda la sua stessa causa giuridica nella sua esternazione concreta, sia che si intenda l'aspetto precettivo della dichiarazione di volontà nella determinazione di ciò che è stato chiamato il contenuto necessario, il contenuto implicito e il contenuto eventuale del provvedimento, è evidente che non vi può essere ragione di invalidità del contenuto che non sia ragione di invalidità o della causa o della volontà dell'atto, benché il contenuto sia, come determinazione dell'efficacia dell'atto nel caso concreto, puro sviluppo, e perciò più ampio, della causa essenziale o della determinazione volitiva del provvedimento. Se poi addirittura per contenuto si comprenda (...) l'intera relazione tra motivi-presupposti, causa, ed effetti pratici voluti in concreto, in realtà dicendo “contenuto” non si dice altro che l'intero atto nella sua direzione a produrre in concreto gli effetti che gli sono propri”.

<sup>42</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 13 dicembre 2019, n. 5939, il quale, rilevando la

Ipotesi, queste, da non confondere, però, con la differente fattispecie della motivazione apparente del provvedimento, giacché, mentre nelle ipotesi sinora esaminate la perplessità ostacola la comprensione del tipo di potere esercitato, nel caso, invece, dell'apparente motivazione l'ambiguità preclude la comprensione delle reali ragioni, *de iure* e/o *de facto*, sottese alla decisione.

E ciò si verifica laddove l'amministrazione, attraverso un portato motivazionale laconico o stereotipato, si limiti solo a dichiarare e non già ad esternare<sup>43</sup> le ragioni della scelta, ad esempio, non dando conto delle concrete ragioni che hanno legittimato la scelta adottata, ovvero limitandosi a formulare una giustificazione<sup>44</sup> scollata dagli elementi

---

perplessità del provvedimento, precisa che dalla fattispecie “non emergono sufficienti e univoci indici per individuare in via interpretativa quale sia il potere che l'amministrazione, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato, ha inteso esercitare in concreto, in tal modo rendendo oltremodo gravoso l'esercizio del diritto di difesa per il destinatario dell'ordine, che non è posto in condizioni di percepire le ragioni giuridiche e l'iter logico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata. Nel corpo del provvedimento gravato, infatti, si fa richiamo a plurime disposizioni di legge disciplinanti altrettante diverse fattispecie astratte, come accennato caratterizzate da precisi presupposti e limiti sostanziali e procedurali, posti anche a garanzia delle posizioni di interesse incise dall'esercizio dei poteri in questione, che, in ogni caso, in alcun modo sono riscontrabili nel caso in esame (...) Applicando le superiori coordinate ermeneutiche al caso in esame emerge la difficoltà di ricondurre la fattispecie concreta al (...) richiamato paradigma normativo (...)”.

<sup>43</sup> Sul distinguo tra esternazione e dichiarazione del motivo, cfr. M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 260. Sul tema della motivazione, più in generale, cfr. inoltre, G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, agg., vol. V, Milano, 2001, 785 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 872-873; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1989, 34 ss.; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, 1997, 683 ss.

<sup>44</sup> Sulla differenza tra motivazione in senso stretto e giustificazione, cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 259, per il quale: “la motivazione in senso stretto è cosa diversa dalla giustificazione (...) potendo accadere che vi sia motivazione anormale e giustificazione corretta, e viceversa (...) mentre la giustificazione è dichiarazione di scienza che consegue ad un mero giudizio di esistenza (...) la motivazione consegue a giudizi ponderativi, di opportunità o di altro contenuto”. Per completezza giova precisare che se la motivazione in senso ampio concerne “una indicazione ai fini dell'atto, l'indicazione di un ragionamento seguito, l'indicazione dei motivi, l'indicazione del fatto, l'indicazione dei presupposti, ovvero più di queste indicazioni insieme: la motivazione in senso ampio sarebbe quindi tutta la parte della dichiarazione contenuta nel provvedimento che non sia dichiarazione di volontà (...) la motivazione in senso stretto riguarderebbe solo i motivi propri della decisione, anzi consisterebbe nella esternazione dei motivi?” (così F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), cit., 389-390). Sul superamento formale della differenza tra motivazione e giustificazione, cfr. F. CARDARELLI, *op. ult. cit.*, 386 e 389, il quale ritiene che: “la distinzione tra giustificazione e motivazione è stata seguita dalla dottrina (e (...) tuttora presente all'interno della giurisprudenza), anche se si deve ritenere che sia progressivamente mutato il senso originario del discrimine: in particolare esso non poggia più sulla natura sostanzialmente subiettiva dei motivi ed obiettiva dei presupposti, quanto piuttosto sulla diversa funzione del discorso giustificativo rispetto a quello più generalmente motivazionale. (...) In conclusione sul punto si può convenire sulla circostanza che l'art. 3 della legge 241/90 abbia consentito il superamento formale della distinzione giustificazione-motivazione, e della sottostante asimmetria del contesto di decisione e di giustificazione, prevedendo una composizione

fattuali emersi dall'istruttoria, ovvero ancora evocando, tautologicamente, un certo enunciato, lungi però dal palesarne le ragioni poste a suo fondamento<sup>45</sup>.

Tuttavia, sebbene diversa sia la ragione del *discrimen* o, per meglio dire, la genesi ontologica delle suddette partizioni, invero, identico è il sacrificio che, in ogni caso, viene generato, perché identici sono i valori violati, impedendosi infatti al destinatario dell'atto di difendersi effettivamente ed al Giudice di sindacare compiutamente<sup>46</sup>.

### 3. *Il parametro violato e la natura del vizio inveratosi. La perplexità decisionale tra motivazione-testo e motivazione-contenuto*

La tendenziale sussunzione della perplexità decisionale nell'alveo dell'eccesso di potere non esime dal tentativo di identificare il parametro violato, quindi, la regola la cui inosservanza genera l'illegittimità dell'atto adottato. E ciò, *a fortiori*, a fronte della progressiva erosione subita, nel tempo, dal perimetro dell'eccesso di potere, ove si ritiene rientrano ormai solo quelle figure che “tradiscono non la violazione di regole generali elaborate dal giudice, ma anomalie del processo di formazione della decisione, valutate alla luce di *standards* generali di logicità e

---

strutturale della motivazione articolata sia sulle ragioni giuridiche, sia sui presupposti di fatto (...): ne consegue che, almeno nelle intenzioni del legislatore, la motivazione assume una denotazione formale di carattere sostanzialmente linguistico, che va colta nel suo complesso come discorso a contenuto argomentativo”. Su tale differenza, cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 868-869, il quale, ritenendo l'esternazione del provvedimento particolarmente ampia, precisa che “essa, infatti, non è data solo dalla dichiarazione della volontà e dell'oggetto, ma anche da altre componenti, quali la motivazione in senso stretto (esternazione dei motivi) e la giustificazione (esternazione dei presupposti e dei fatti di legittimazione). (...) La motivazione, come parte dell'esternazione del provvedimento, è un “discorso giustificativo” della decisione racchiusa nel provvedimento. (...) Alla nozione (a volte definita “formale”) di motivazione come discorso giustificativo si è affiancata nel tempo quella (“sostanziale”) di motivazione come complesso dei fattori determinanti la decisione, e quindi come giustificabilità della decisione stessa alla luce di quei fattori”.

<sup>45</sup> Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 11 novembre 2021, n. 1975; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 18 ottobre 2021, n. 1895; TAR Lazio, Roma, Sez. I Ter, 20 maggio 2021, n. 5921; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 9 marzo 2017, n. 390; TAR Toscana, Sez. III, 26 maggio 2021, n. 796, secondo cui non sussiste motivazione apparente “quando nel provvedimento sia esplicitamente indicato e motivato il contrasto (...) e risulti evidente l'iter logico seguito nel percorso valutativo (...)”. Sulla nozione di “motivazione (in senso largo) artificiosa, ossia quella tipologia motivazionale “valida per quanto enuncia, ma non rispondente ai presupposti o ai motivi reali”, cfr. M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 267.

<sup>46</sup>Per un'ampia disamina della “polifunzionalità” della motivazione, cfr. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., 397 ss. In argomento, cfr. altresì M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 262, per il quale la “motivazione (in senso largo)” si rivela “strumento d'interpretazione dell'atto amministrativo (...) strumento per il controllo amministrativo e per l'accertamento giudiziale (...) garanzia del privato in ordine all'operato dell'amministrazione”.

ragionevolezza<sup>47</sup>. Sicché indagare la natura e il tipo di parametro violato rileva rispetto non già alla tipologia di vizio configurato ma alla regola inosservata, quindi, alla fonte del disvalore determinatosi<sup>48</sup>.

Infatti, privare l'atto della dovuta chiarezza e coerenza decisionale rende lo stesso irrazionale<sup>49</sup>, poiché lo devia dal suo vincolo teleologico, ossia dalla tutela di quell'interesse per il cui perseguimento "il potere fu dato"<sup>50</sup>. Di qui, dover rinvenire il parametro violato nella inosservanza di quella "norma (legislativa) da cui è positivamente definita l'ampiezza della scelta discrezionale, il margine entro cui l'organo agente può ulteriormente completare, oggettivando la propria valutazione, la prescrizione della legge"<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 981. Cfr., in argomento, G. SALA, *Potere amministrativo principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 151 ss.

<sup>48</sup> Sulla distinzione tra i tre tipi di vizi di legittimità, cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 978, per il quale: "Nonostante la tripartizione dei vizi di legittimità non possa costituire un limite alla tutela contro di essi, e nonostante la scarsa importanza dell'inclusione del singolo vizio nell'una o nell'altra figura, questa tripartizione rimane il modo migliore per raggruppare ed esaminare i vizi stessi". Cfr., inoltre, F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 6, per il quale la suddetta distinzione, sebbene "rilevante anteriormente alla Costituzione repubblicana, perché la normativa allora vigente, in particolari ipotesi, poteva non prevedere o ammettere ora l'uno ora l'altro di essi (...), ha perso gran parte della sua importanza pratica, dal momento che l'art. 113, cpv., Cost. (...) è stato generalmente inteso nel senso di aver direttamente e immediatamente abrogato, tra l'altro, tutte le norme anteriori che ammettevano l'impugnativa per taluni vizi e non per altri, dando per scontata l'identificazione tra 'mezzi di impugnazione' e 'vizi dell'atto'".

<sup>49</sup> Per un'ampia disamina del principio di razionalità, cfr. A. ZITO, *Decisione amministrativa e principio di razionalità nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Napoli, 2020, 5393, per il quale detto principio costituisce un indefettibile presupposto dell'art. 3 della l. n. 241/1990.

<sup>50</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, 445 n. 99.

<sup>51</sup> *Ibidem*. L'Autore (*Invaldità (dir. amm.)*, cit., 605) altresì osserva che: "La scelta discrezionale si esprime attraverso la determinazione di una regola che ha come termine di riferimento l'interesse primario specifico attribuito alla cura dell'autorità e ogni altro interesse – evidenziato nel procedimento – che concorra a definire il valore del primo nel caso concreto. La creazione della regola individuale, la concreta scelta discrezionale obbedisce alle esigenze della funzione e, quindi, trova una serie di limiti e di vincoli nelle norme e nei principi – scritti e non scritti – che dettano la disciplina (generale) dell'attività a garanzia degli interessi e dei rapporti che confluiscono nell'atto". In argomento, cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, cit., 2, il quale ritiene che "(i)n tutti i casi, infatti, l'eccesso di potere va inteso quale vizio di illegittimità (contrasto con norme di legge) dell'atto espressione del "potere" contenuto nella situazione soggettiva attiva di cui è titolare un soggetto od organo (...) l'eccesso di potere come vizio di illegittimità dell'atto che risulta dall'attività-funzione non sembra differire di per sé, in radice, dall'eccesso di potere come vizio di illegittimità dell'atto compiuto da un soggetto od organo appartenente ad un complesso soggettivo od organico istituzionalmente determinato, appunto, in ragione di una determinata finalità da perseguire o funzione da compiere (...) in quanto espressione di un potere o potestà esercitati fuori dai limiti della sfera di attribuzione". Sulla violazione dei parametri di logicità e razionalità come violazione dello spirito della legge, cfr. G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge*

Del resto, e da tempo, è stato chiarito che il controllo di razionalità non può isolarsi dal precetto violato, dovendosi il primo concepire proprio “come controllo sulla applicazione della norma”<sup>52</sup>, laddove l’apprezzamento delle circostanze potrà ritenersi razionale solo “se permetterà una corretta applicazione della norma (stessa) (...)”<sup>53</sup>.

Il potere, quindi, trae legittimazione proprio dal suo esercizio razionale<sup>54</sup> e ciò trova riprova nella ragione che accomuna i principi dell’agire amministrativo discrezionale, incluso quindi lo stesso vincolo di razionalità, tutti infatti legati “da una sola identica matrice: l’amministrazione, avendo il potere di concretizzare l’interesse pubblico, deve assumere scelte fondate su una congruenza tra i fatti e la norma attributiva del potere, e cioè sul fine desumibile da essa”<sup>55</sup>.

E ciò perché l’ordinamento, nel conferire il potere, ne determina i titolari e i limiti, procedurali e teleologici, entro cui esercitarlo. In altri termini, attraverso siffatta attribuzione, l’ordinamento delinea “sia le sfere di attribuzione

---

*ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, 109. Per quanto, invece, attiene al rapporto tra violazione di legge ed eccesso di potere, cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, cit., 133-134, il quale osserva che “l’espressione “violazione di legge” è dal legislatore usata in un senso restrittivo e letterariamente non proprio, per indicare una nozione che rispetto a quella di “eccesso di potere” è non qualcosa di più, ma qualcosa di diverso. Una volta configurato l’“eccesso di potere” come un vizio di legittimità inerente alle norme regolanti le operazioni mentali di scelta discrezionale, ne deriva, come conseguenza, che possiamo riferire l’espressione “violazione di legge” ai vizi che concernono gli atti amministrativi nei casi e nella misura in cui non siano discrezionali. Ma, anche impostata la distinzione in questi termini, non si riesce ad escludere che tra l’“eccesso di potere” come configurato addietro, e la “violazione di legge”, rimanga, accanto a due zone di sicura separazione, una certa fascia di interferenza”.

<sup>52</sup> F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell’eccesso di potere*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 567 ss. Osserva l’Autore che “una corretta rappresentazione del sindacato dell’eccesso di potere consente la più piena e incondizionata riaffermazione del principio di legalità, in quanto concorre a restituire quel contenuto di senso che non può certo essere artificiosamente separato dalla c.d. lettera, se non si vuole che la legge venga mortificata quasi integralmente” (*Id.*, *op. ult. cit.*, 576 ss.).

<sup>53</sup> G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, cit., 109.

<sup>54</sup> Al riguardo, cfr. G. MARONGIU, *Funzione II) Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 6, per il quale il potere “si legittima solo in base al suo esercizio razionale, o in termini di razionalità rispetto allo scopo o in termini di razionalità rispetto al valore, o ad ambedue insieme”.

<sup>55</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 507-508. Sulla violazione dei principi dell’attività amministrativa concernenti il “potere nel suo farsi atto” come violazione “di condizioni indirette (esterne) di legittimità di qualsiasi atto amministrativo, e non come condizioni di legittimità (interne) degli elementi del singolo atto”, cfr. F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, cit., 5. Sulla differenza tra “violazione di legge” e “violazione della legge”, cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, cit., 7, il quale chiarisce che: “La “violazione di legge” è espressione enfatica e specifica rispetto alla “violazione della legge” che ricomprende genericamente le tre figure. La categoria è infatti residuale: gli atti affetti da vizi di legittimità diversi dall’incompetenza e dall’eccesso di potere sono viziati per violazione di legge”.

per l'esercizio di esse (definisce cioè *quali* sono propriamente le *potestà*), sia il modo, la misura, l'indirizzo, lo scopo, il fine, per l'esercizio di una singola, particolare potestà, determina cioè in quale modo, entro quali limiti, a quale fine può esercitarsi la potestà<sup>56</sup>.

La violazione, in tal caso, coinciderà con l'inosservanza della norma, che conferisce il potere e, quindi, più in generale, con la violazione della nominatività e tipicità del provvedimento. L'atto, infatti, deve sempre rinvenire nella norma stessa il suo "preciso e puntuale fondamento"<sup>57</sup>, donde l'indefettibile conformità al suo schema normativo<sup>58</sup>, cui segue "una connessione, fissata dalle norme, tra i vari elementi dell'atto, e una predeterminazione, sempre normativa, degli effetti che esso può produrre"<sup>59</sup>.

La perplessità della decisione, precludendo la conoscibilità della tipologia del potere esercitato, inevitabilmente, impedirà al giudice di verificare la conformità normativa del potere espletato, laddove il processo diviene la sede ove acclarare se quanto compiuto e perseguito risulti coerente con quanto voluto dalla norma. Il giudice dovrà, quindi, verificare l'osservanza di quelle regole funzionali all'idea di un'amministrazione intesa come "fare", ossia come assetto dominato da regole che "danno "misura" al fare stesso"<sup>60</sup>, rendendolo, quindi, capace di perseguire il fine contemplato dall'ordinamento<sup>61</sup>.

Quanto detto, però, non esaurisce l'esame del vizio generato dalla perplessità, consapevoli della differenza che separa la motivazione-testo dalla motivazione-contenuto, dovendosi intendere la prima quale mero testo materiale ossia "sequela (neutra) di parole"<sup>62</sup>, la seconda, invece, quale significato derivante dal testo materiale e riflesso, a sua volta, del ragionamento logico-giuridico profuso<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> F. MODUGNO, *L'eccesso di potere. I) Profili generali*, cit., 3.

<sup>57</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 669. Per G. CORSO (*Manuale di diritto amministrativo*, cit., 366), a ben vedere "ciascuna forma di eccesso di potere presuppone un principio: costituisce la violazione di tale principio".

<sup>58</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 670. Cfr., altresì, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 512, i quali rimarcano che "ogni tipo di atto è caratterizzato da una funzione peculiare istituzionalmente stabilita e il fine di interesse pubblico specifico perseguito da ciascun atto deve corrispondere a quello tipico, dal momento che la giurisprudenza finisce per riconoscere, ben più ampiamente, che un provvedimento concreto è legittimo se non persegue fini diversi da quelli che rientrano nella competenza dell'autorità emanante".

<sup>59</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 678. Per l'Autore "(i)l principio di nominatività del provvedimento (...) gioca nel senso di dare una "tipicità" al provvedimento medesimo (...)" (*Ibidem*). Cfr., altresì, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 511.

<sup>60</sup> G. MARONGIU, *Funzione II) Funzione amministrativa*, cit., 6.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> L. D'ANGELO, *Difetto di motivazione ed interferenze tra regole di validità del provvedimento amministrativo*, in *www.altalex.com*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

Distinguo, questo, che trova piena riprova nello stesso art. 3 della legge n. 241 del 1990, il quale, al comma 1, dopo aver previsto che “(o)gni provvedimento amministrativo, (...) deve essere motivato (...)” (motivazione-testo), aggiunge che “(l)a motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria” (motivazione contenuto). Sembraerebbe, così, che la norma tuteli, accanto “alla esigenza “formale” che la motivazione vi sia; (...) quella “sostanziale” che essa corrisponda a quanto emerso nel corso del procedimento, e quindi che la decisione racchiusa nel provvedimento sia la corretta conclusione del procedimento stesso”<sup>64</sup>. In tal modo, l’ordimento rimarca la relazione che deve legare la scelta alla funzione, sancendo così che “l’esito del procedimento è condizionato da tutto quanto in esso avvenga”<sup>65</sup>. Pertanto, se la perplessità, che segna la decisione, preclude alla parte di comprendere finanche il tipo di potere esercitato, impedendo del pari al Giudice di sindacare compiutamente la scelta adottata, la stessa diventa fonte di disvalore in quanto priva l’atto stesso di un suo “requisito di validità (*rectius* legittimità)”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup>B.G. MATTARELLA (*Il provvedimento*, cit., 874), per il quale “(c)ìò risulta con evidenza dal collegamento, stabilito dalla norma, tra istruttoria procedimentale e motivazione: si può dire che la motivazione non è solo una componente dell’esternazione del provvedimento, ma anche la sintesi dell’istruttoria stessa. Essa è anche lo strumento attraverso il quale l’amministrazione dimostra di avere seguito le norme procedurali e giustifica le scelte compiute nel corso del procedimento (...)” (*Ibidem*).

<sup>65</sup> S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 208.

<sup>66</sup> Cfr. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., 426. Secondo l’Autore è “condivisibile il principio, ispirato alla natura funzionale piuttosto che strutturale del provvedimento (...), in forza del quale (salvo scelta diversa del legislatore da indicarsi attraverso le c.d. nullità testuali) con l’annullabilità si sanzionano i vizi che attengono alla fase di formazione dell’atto e che alterano l’assetto finale di interessi in esso contenuto, mentre la nullità attiene al difetto degli elementi identificativi della realtà esterna che impedisce al provvedimento di avere un contenuto dispositivo e, dunque, di generare effetti costitutivi, modificativi o estintivi (...) Ne consegue l’impossibilità sistematica di cogliere nella motivazione un elemento essenziale dell’atto in assenza del quale esso deve essere considerato radicalmente nullo: la motivazione diviene quindi un requisito del provvedimento rilevante ai fini della sua (graduata) validità (...) e la sua assenza o meno rileva ai fini di vizi comportanti pronunce costitutive di annullamento dell’atto, e non meramente dichiarative della sua nullità (ID., *op. ult. cit.*, 424-425). Sulla qualificazione della motivazione come elemento costitutivo ma non essenziale del provvedimento amministrativo, cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 208-209-210, per il quale “(u)n contributo decisivo per la qualificazione della motivazione come elemento del provvedimento amministrativo si desume dalla problematica relativa all’ammissibilità di una motivazione *per relationem*. (...) Se la motivazione può essere desunta da un atto diverso dal provvedimento, essa non costituisce un elemento essenziale del provvedimento che, per la sua assenza, dovrebbe necessariamente essere qualificato come atto nullo. La motivazione costituisce senza alcun dubbio un elemento costitutivo del provvedimento. Tuttavia, non si è presenza di un elemento essenziale perché difetta una qualificazione normativa in tal senso e perché la convinzione generale, della giurisprudenza e della dottrina, non ritiene

4. *Perplexità decisionale e riesercizio della funzione. L'ibridazione dei poteri e la violazione della pretesa all'intelligibilità del potere esercitato*

Sebbene, nel tempo, l'ordinamento abbia contribuito a chiarire il portato costitutivo della fattispecie amministrativa, delineandone i tipi e, quindi, agevolandone l'esercizio, tuttavia, sovente l'amministrazione preferisce scegliere non già ancorando la propria decisione ai presupposti dettati dalla norma, bensì formulando argomentazioni composite, tali perché fondate su plurime giustificazioni normativamente differenti se non antitetiche. Matura, così, una decisione per nulla agevole da comprendere, che, tradendo la pretesa all'intelligibilità del potere, inevitabilmente conculca le prerogative (sostanziali) di difesa del destinatario.

Quanto detto trova eloquente riprova nel riesercizio di un potere, che, non esauritosi nell'adozione della decisione, viene nuovamente esercitato nel segno non già della norma istitutiva bensì di disposizioni diverse per struttura e funzione.

Più segnatamente, si assiste all'adozione di decisioni fondate sul richiamo giustificativo di presupposti eterogenei, che, postulando funzioni variegiate se non antitetiche, rendono inintelligibile il potere reso, in tal guisa negando l'univocità delle ragioni sottese all'esercizio del potere stesso.

Emblematico, al riguardo, è il promiscuo richiamo degli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio, in particolare laddove il provvedimento rechi "valutazioni che afferiscono a profili di opportunità e convenienza (...) in uno a profili che involgono questioni di legittimità (...) fra loro avvinti in modo inestricabile"<sup>67</sup>. Si assiste, così, ad "(u)na sorta di "ibridazione" dei poteri esercitati dall'Amministrazione resistente"<sup>68</sup> resa viepiù illegittima dal nitido distinguo, che l'ordinamento contempla tra l'annullamento d'ufficio<sup>69</sup> e la revoca<sup>70</sup>.

Infatti, pur consapevoli che la revoca "ha da sempre costituito un tema tra i più insensibili ad una esauriente sistemazione dogmatica"<sup>71</sup>, si è soliti ritenere

---

che il vizio della motivazione, anche nella sua forma estrema di difetto assoluto e di inesistenza, determini la nullità del provvedimento". Sempre in dottrina si discerne la parte della motivazione funzionale alla identificazione del potere esercitato "dove la relativa assenza potrebbe determinare la nullità del provvedimento per vizio della causa" e la parte della motivazione che, invece, "si riferisce all'articolazione dei motivi in senso proprio, i cui vizi continuerebbero a determinare l'annullabilità del provvedimento stesso" (L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm.-TAR*, 4/2008, 1197).

<sup>67</sup> TAR Veneto, Sez. I, n. 52/2021.

<sup>68</sup> TAR Veneto, Sez. I, n. 52/2021.

<sup>69</sup> Cfr. art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990.

<sup>70</sup> Cfr. art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990.

<sup>71</sup>M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO), Torino, 2005, 486.

che la scelta di revocare postuli non già un atto viziato ma un rapporto, derivante da un atto, non più opportuno, giacché inidoneo “ad assicurare quel vincolo di scopo in cui si esprime la funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento del pubblico interesse”<sup>72</sup>. Attraverso “l’esercizio del potere di revoca l’amministrazione (...) non si tutela in senso tecnico ma si limita a gestire l’interesse pubblico e cioè a dare un differente assetto ad una situazione che in quanto destinata a durare nel tempo è passibile di continui adeguamenti”<sup>73</sup>. Tutto questo, del resto, altro non è che il riflesso di quel “carattere di inesauribilità del potere che, in quanto funzionalizzato al perseguimento del pubblico interesse, non è insensibile ai sopravvenuti mutamenti dell’interesse pubblico medesimo”<sup>74</sup>.

Viceversa, la scelta di annullare, determinando un’inversione “dell’itinerario logico giuridico delle valutazioni esperite in sede di ricorso giurisdizionale o amministrativo”<sup>75</sup>, si rivolge “in primo luogo, piuttosto che al contenuto e ai vizi che affettano l’atto, agli effetti da esso concretamente prodotti”<sup>76</sup>. Di qui, l’esauribilità di siffatto potere che trova fonte proprio nella delimitazione temporale sancita dalla norma, per la quale infatti il potere stesso può essere esercitato “entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di

<sup>72</sup> M. IMMORDINO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. V, Milano, 2006, 5203.

<sup>73</sup> *Ibidem.* V, inoltre. G. CORAGGIO, *Autotutela*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988, 5.

<sup>74</sup> M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 5203. Sul “limite dei diritti” rispetto all’esercizio del potere di revoca, cfr. sempre M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento*, cit., 509. Sulla problematica dell’inesauribilità del potere, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla “inesauribilità” del potere*, in *Urb. app.*, 2002, 958 ss.; M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 177. Per quanto, invece, concerne l’esercizio dell’autotutela amministrativa nella c.d. “logica del rischio”, è d’uopo richiamare la nozione di “amministrazione “riflessiva”, evocando, al riguardo, A. BARONE, *L’Amministrazione del rischio*, in *Cittadini, imprese e pubbliche funzioni* (a cura di A. BARONE), Bari, 2018, 117, per il quale “(n)ella logica del rischio (...) non già il singolo procedimento ma tutti i procedimenti di rilascio, rinnovo e riesame, non separabili tra loro in modo netto, costituiscono la forma di una funzione amministrativa che costruisce progressivamente e permanentemente i connotati del medesimo rapporto amministrativo. Ciò secondo un *continuum* che non sembra ammettere distinzioni tra procedimenti di primo e secondo grado. (...) Nel diritto del rischio l’azione delle pubbliche amministrazioni non può esaurirsi nel singolo provvedimento amministrativo. La rilevanza globale della funzione amministrativa si esplica attraverso il riesame continuo delle determinazioni assunte alla luce dell’evoluzione del dato tecno-scientifico. È proprio in questo obbligo di valutazione e riesame del dato scientifico che si inverte giuridicamente il concetto sociologico di amministrazione ‘riflessiva’”.

<sup>75</sup> G. CORSO, *Annullamento*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. I, Milano, 2006, 339. Sul rapporto tra la violazione del diritto europeo e l’esercizio del potere di annullamento, cfr. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, 198 ss.

<sup>76</sup> G. CORSO, *op. ult. cit.*, 339.

vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20<sup>77</sup>.

Tuttavia, il rapporto tra i suddetti istituti non è segnato solo da diversità, rinvenendosi, infatti, affinità che possono agevolare un processo di ibridazione delle rispettive funzioni, foriero, a sua volta, di perplessità decisionali, che ostacolano il corretto esercizio della funzione e l'agevole comprensione della natura del potere esercitato. Del resto “(è) noto come i due istituti siano stati tradizionalmente studiati l'uno in relazione o in contrapposizione all'altro, sia sotto il profilo strutturale che funzionale, pur mettendosi anche in luce le strette assonanze esistenti tra gli stessi. Assonanze che non di rado hanno portato ad una commistione tra i medesimi, tanto che non è difficile trovare nella giurisprudenza, soprattutto in quella più risalente, affermazioni riferite indifferentemente ad entrambi gli istituti”<sup>78</sup>.

E così, vero è che requisito di entrambi sia l'“esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale”<sup>79</sup>, ma è altrettanto vero che “differente è il ruolo che lo stesso gioca nell'uno o nell'altro istituto”<sup>80</sup>. Infatti “(n)ella revoca l'interesse pubblico costituisce l'oggetto esclusivo dell'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione”<sup>81</sup>, nell'annullamento, invece, la pretesa di ritirare un atto postula la ricorrenza di una molteplicità di presupposti, inclusa l'“esistenza di un vizio di legittimità, il quale costituisce condizione ineliminabile per l'apprezzamento dell'interesse pubblico”<sup>82</sup>.

E senza tacere che la norma<sup>83</sup>, nel disciplinare l'annullamento d'ufficio, ormai

<sup>77</sup> Art. 21 *nonies*, co. 1, della l. n. 241/1990.

<sup>78</sup> M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento*, cit., 516.

<sup>79</sup> M. IMMORDINO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 5204.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

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

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

<sup>83</sup> Cfr. art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990. Sui tratti che permeano l'interesse pubblico contemplato dalla predetta norma, cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit., 325-326, per la quale la citata norma ha accentuato il profilo discrezionale dell'annullamento d'ufficio “rafforzandone in questo modo il carattere di strumento funzionalizzato, come la revoca, alla cura dell'interesse pubblico. (...) L'illegittimità non è, in altri termini, sufficiente da sola a giustificare l'annullamento d'ufficio (...) ma occorre anche un interesse pubblico, concreto ed attuale, del quale deve darsi conto nella motivazione dell'atto stesso”. Inoltre, secondo l'Autrice “il requisito dell'attualità dell'interesse pubblico (...) non sembra, invero, essere venuto meno. Tale interesse, che è diverso e ulteriore rispetto all'interesse al mero ripristino della legalità violata, è della stessa natura di quello perseguito con il provvedimento di primo grado, corrisponde, cioè, a quello per la cui cura il potere è stato dalla norma originariamente attribuito alla competenza dell'amministrazione agente”. Rilevante, pertanto, è il momento della valutazione degli interessi in gioco che deve essere “fatta alla luce del principio della buona fede che informa ormai anche il rapporto amministrativo e del quale il legittimo affidamento è in una certa misura espressione” (M. IMMORDINO, *Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto*

degrada «l'interesse pubblico primario, genericamente inteso, alla sussistenza di (oggettive di cui si deve dar conto nella motivazione) “ragioni di interesse pubblico” che, senza ulteriori aggettivazioni, è posto in pari rilievo agli interessi pubblici e privati, facenti capo ai destinatari ed ai controinteressati, coinvolti dall'annullamento d'ufficio»<sup>84</sup>.

Di qui, l'inverarsi di una perplexità decisionale vieppiù invalidante, giacché “non emergono sufficienti e univoci indici per individuare in via interpretativa quale sia il potere che l'Amministrazione, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato (...) ha inteso esercitare in concreto (...) risultando richiamate nel corpo del provvedimento gravato una pluralità di elementi riconducibili a differenti fatti-

---

alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a., cit., 2805). In argomento, v. inoltre M. IMMORDINO, *Risarcimento del danno e obbligo dell'amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile si istanza del privato interessato*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione* (a cura di S. PERONGINI), Milano, 2017, 254 ss; Id., *Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Temi e questioni di diritto amministrativo* (a cura di L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO), Napoli, 2019, 263 ss.

<sup>84</sup> Così G. CORSO, *Annullamento*, cit., 339, il quale, altresì, osserva che “il riferimento agli interessi dei destinatari e dei controinteressati dà corpo alla valutazione comparativa – in funzione neutra quasi regolativa – del legittimo affidamento da essi rispettivamente riposto: i primi nella certezza delle relazioni giuridiche scaturite dall'efficacia dell'atto (...); i secondi nel dovere della p.a. di porre prontamente rimedio agli atti illegittimi ed alle situazioni antiggiuridiche pregiudizievoli per i titolari di posizioni giuridiche qualificate (...)”. Per quanto, invece, attiene al rapporto tra il potere di revoca e l'affidamento vantato dal destinatario, cfr. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, *passim*; Id., *Revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 5206, per la quale: “Il limite dei diritti, se ha trovato scarsa applicazione quale limite di esistenza, al contrario ha operato sul piano dell'esercizio legittimo del potere di revoca, determinando l'applicazione di regole di bilanciamento tra le ragioni dell'interesse pubblico e le ragioni dell'interesse del privato, e regole motivazionali più severe (...), soprattutto se, per il lungo tempo trascorso tra l'adozione del provvedimento e la revoca, dette situazioni si siano consolidate determinando un ragionevole affidamento alla loro conservazione. Sicché è il consolidamento di dette situazioni, o meglio il differente grado raggiunto, che può costituire sia limite di esistenza del potere di revoca, sia parametro di legittimità del relativo provvedimento. Oggi, la previsione di un indennizzo da parte della novella del 2005 ha notevolmente depotenziato il problema della tutela dell'affidamento del privato interessato e, di conseguenza, del limite dei diritti all'esercizio del potere di revoca”. In argomento cfr., altresì, G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 219 ss. Per quanto, invece, concerne gli effetti dei rispettivi atti (di annullamento e di revoca), giova rievocare quanto osservato da M. IMMORDINO (*op. ult. cit.*, 329), ove l'Autrice offre una lettura, al riguardo, unitaria della problematica, precisando che “l'art. 21-*nonies* non fa alcun riferimento all'effetto retroattivo”, donde, poiché “nell'annullamento d'ufficio si pone un problema di tutela del legittimo affidamento del privato nella certezza e stabilità del precedente assetto d'interessi a lui favorevole nonché la necessità di una ponderazione comparativa di tutti gli interessi comunque coinvolti, non sembra (...) che esistano ragioni tali da escludere la decorrenza temporale degli effetti dell'annullamento soltanto per il futuro”. V., inoltre, M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in AIPDA – Annuario 2014, *L'incertezza delle regole*, Napoli, 2014, 121 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 206 ss.

specie astratte, caratterizzate da presupposti e limiti sostanziali diversificati, posti anche a garanzia delle posizioni incise<sup>285</sup>.

5. *La natura degli effetti dell'atto tra aporie e perplessità. La volontà amministrativa e l'ambiguità degli effetti lesivi dell'atto endoprocedimentale*

Il disvalore della perplessità non si esaurisce nel solo portato contenutistico della scelta, lo stesso potendo infatti interessare, altresì, l'atto nella sua attitudine a ledere la sfera giuridica del destinatario. In altri termini, la volontà dell'amministrazione potrebbe apparire equivoca anche nel suo inverarsi lesivo, quindi, nella sua capacità a compromettere l'interesse, pretensivo ovvero oppositivo, del destinatario.

Di qui, la necessità di distinguere una perplessità interna, ossia quella che rende inintelligibile le ragioni ed il tipo di potere esercitato, da una perplessità esterna, che invece riguarda il momento dell'incidenza dell'atto sulla sfera giuridica interessata, in tal guisa, vulnerandone la tutela.

Quest'ultima problematica è stata, invero, alimentata tanto da una genericità previsionale, quanto da una difformità interpretativa maturata in giurisprudenza, che non ha restituito al destinatario del potere alcuna certezza finanche rispetto al *quando* della tutela.

Non poche, infatti, sono le perplessità o, più segnatamente, le incertezze che costellano la manifestazione di volontà dell'amministrazione, se si considera che la stessa, sovente, si rivela in momenti endoprocedimentali. Tutto questo è stato di certo favorito da un progressivo processo di arretramento della soglia di lesività dell'atto amministrativo, a sua volta, derivante da un ridimensionamento della rilevanza assunta nel tempo dalla posizione dell'atto stesso nel procedimento. E ciò in ragione della capacità dell'atto, già nel divenire della funzione, di incidere, *in peius*, sulla sfera giuridica dell'interessato.

Di qui, il possibile inverarsi di effetti lesivi derivanti già da atti non provvedimentali, quindi, endoprocedimentali, qualora gli stessi rivelino una natura vincolata ovvero interlocutoria (se capaci di arrestare il procedimento e ledere l'aspirazione alla celere soddisfazione del bene della vita) ovvero ancora soprassessoria (se volti a determinare un arresto procedimentale *sine die*)<sup>86</sup>.

In verità, si tratta solo di una possibile classificazione, che, infatti, non rimuove la perdurante perplessità che connota l'atto lesivo e, quindi, la sua

<sup>85</sup> TAR Veneto, Sez. I, n. 52/2021. V., inoltre, TAR Campania, Napoli, Sez. V, n. 5939/2019.

<sup>86</sup> Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 23 marzo 2015, n. 523; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1799; Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 296; Cass. s.u., 21 febbraio 2019, n. 5194.

impugnabilità. L'ambiguità interpretativa, sottesa alla corretta identificazione della natura lesiva dell'atto endoprocedimentale, costituisce ormai una costante della funzione, attesa la genericità della norma e le difformità applicative, foriere, a loro volta, di aporie e perplessità interpretative.

Infatti, al di là dell'atto vincolante, agevolmente identificabile, non poche incertezze riguardano l'incidenza lesiva ascrivibile agli atti interlocutori ed a quelli soprassessori, rispetto altresì all'obbligo dell'amministrazione di provvedere entro il termine previsto.

Al riguardo, giova premettere che la determinazione idonea ad interrompere l'inerzia sia solo quella volta a concludere il procedimento e non anche l'adozione di un atto meramente soprassessorio, interlocutorio o endoprocedimentale<sup>87</sup>.

Ebbene, qualora l'atto soprassessorio rinviasse il soddisfacimento dell'interesse pretensivo ad un accadimento futuro ed incerto nel *quando*, determinando un arresto a tempo indeterminato del procedimento, in tal caso l'atto rivelerebbe una immediata capacità lesiva della posizione giuridica dell'interessato, evidentemente impugnabile, in deroga quindi alla *opinio* che nega natura lesiva all'atto amministrativo endoprocedimentale<sup>88</sup>.

Si è soliti, del resto, rimarcare la non autonoma impugnabilità di un atto soprassessorio, allorché lo stesso rechi contenuto interlocutorio e sia, quindi, inidoneo a manifestare la volontà dell'amministrazione, in tal guisa, non rinviando il soddisfacimento dell'interesse pretensivo al verificarsi di un evento futuro ed incerto nel *quando*, quindi non determinando un arresto a tempo indeterminato del procedimento<sup>89</sup>. In tal caso, permane una situazione di inerzia illegittima che radica l'interesse ad agire avverso il silenzio invero, in quanto l'adozione di un tale atto endoprocedimentale o soprassessorio rifletterebbe un rinvio *sine die* e non già l'adozione di un atto ultimativo del procedimento, che la stessa amministrazione ha l'obbligo di concludere<sup>90</sup>.

Non meno ambigua si è rivelata nel tempo, altresì, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, la quale, sebbene solitamente ritenuta non lesiva, tuttavia, in alcune ipotesi, può lesivamente lambire la sfera giudica del destinatario. E ciò avviene tanto se l'atto sortisca un arresto del procedimento *sine die*, quanto se il successivo provvedimento non venga adottato entro un termine ragionevole<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. II, 19 ottobre 2020, n. 1481.

<sup>88</sup> TAR Lazio, Latina, sez. I, 5 ottobre 2020, n. 357.

<sup>89</sup> TAR Campania, Salerno, Sez. II, 22 giugno 2020, n. 704.

<sup>90</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 26 maggio 2020, n. 5565.

<sup>91</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3554; TAR Lazio, Sez. II quater, 30 gennaio 2015, n. 1768. Sul rapporto tra la fase predecisoria e quella decisoria, cfr. A. ZITO, *Profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema* (a cura di V. CERULLI IRELLI), Napoli, 2006, 166.

Si profila, così, un'ambiguità che permea la natura degli effetti giuridici, rendendo la lesività dell'atto vieppiù atipica in ragione, infatti, di una perplessità che preclude al destinatario della funzione di discernere, agevolmente, l'atto impugnabile da quello, invece, inidoneo a cagionare conseguenze lesive. Donde, la necessità di valutare l'effetto lesivo con riguardo all'attualità del pregiudizio arrecato e non già alla futura attitudine dell'atto stesso di incidere sulla sfera giuridica del destinatario<sup>92</sup>.

6. *Ambiguità decisionale e giustificazione postuma: la prevalenza delle pretese partecipative sul principio del raggiungimento dello scopo. Il vizio motivazionale e la convalida dell'atto*

Consapevole dell'ambiguità che segna la decisione adottata, l'Amministrazione tenta, sovente, di ovviare alla perplessità inveratasi, esercitando un'autocorrezione postuma, ossia integrando la motivazione in corso di giudizio finanche attraverso argomentazioni difensive.

Invero, detta tendenza non ha trovato conforto soprattutto in giurisprudenza, laddove è stata, condivisibilmente, rimarcata l'indefettibilità di una motivazione che sia anteriore al giudizio onde non dequotare gli apporti, oppositivi o collaborativi, di chi partecipa al procedimento<sup>93</sup>.

Del resto, se “la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”<sup>94</sup>, dovendo la stessa quindi “precedere e non seguire”<sup>95</sup> il provvedimento, non è dato all'amministrazione il potere di modificare,

<sup>92</sup> Cfr. TAR Basilicata, Sez. I, 3 luglio 2015, n. 370.

<sup>93</sup> Per un approfondimento del procedimento come funzione partecipata, cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative*, Milano, 1996, 61 ss.

<sup>94</sup> Art. 3, co. 1 ult. parte, della legge n. 241/1990.

<sup>95</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 novembre 2021, n. 7981, secondo cui: “la motivazione del provvedimento amministrativo non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buon andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario”. In senso analogo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 settembre 2017 n. 4253; Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2017, n. 3136. In argomento, cfr. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., 442, per il quale “i margini di integrazione della motivazione carente, o la degradazione del vizio a mera irregolarità, devono esser ridotti esclusivamente a quei casi in cui, non controverso né controvertibile il fatto, le ragioni giuridiche sono inequivocamente desumibili dal contenuto precettivo del provvedimento (vincolato nell'*an* e nel *quid*), ancorché in esso non correttamente e compiutamente esplicitate: con esclusione quindi di casi in cui si deducono nuovi presupposti di fatto, elementi sottratti alla partecipazione procedimentale, ragionamenti diretti all'interpretazione di norme giuridiche mai ostesi, confutazione di elementi dedotti dal partecipante non contemplati

attraverso l'atto difensivo, l'oggetto del giudizio, che è infatti costituito proprio da quell'atto originariamente adottato.

E così è da ritenersi inammissibile “la formulazione di argomentazioni difensive a giustificazione del provvedimento impugnato non evincibili nemmeno implicitamente dalla sua motivazione, ciò soltanto costituendo un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, come tale non consentita in quanto non inserita nell'ambito di un procedimento amministrativo”<sup>96</sup>. In caso contrario, si vanificherebbero gli esiti dell'istruttoria procedimentale, costringendo, quindi, il privato ad adire il giudice ‘al buio’, il primo venendo a conoscenza delle ragioni della decisione solo nel corso del processo<sup>97</sup>.

Né varrebbe invocare gli esiti sananti derivanti dall'art. 21 *octies*, co. 2 della legge n. 241 del 1990, ossia la regola – ispirata alla logica più del risultato che della conformità formale – della non applicabilità della misura caducatoria, laddove si verifici una difformità dallo schema legale inidonea ad incidere sul regolamento di interessi prefigurato nel dispositivo della decisione adottata<sup>98</sup>.

Il difetto di motivazione provvedimentale, pertanto, non può essere, in alcun modo, assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo esso stesso un presidio di legalità sostanziale insostituibile, per nulla dequotabile neanche dal suddetto ragionamento ipotetico, che conserva il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti<sup>99</sup>. Si preserva, così,

---

nel corpo dell'atto, che rappresentano garanzie sostanziali il cui pieno esplicarsi è riservato alla dinamica procedimentale e non a quella irredimibile del processo”.

<sup>96</sup> Così Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488. Cfr. inoltre, Cons. Stato, Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 790; Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4303; Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014 n. 4770.

<sup>97</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

<sup>98</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021. Per un approfondito esame del processo di dequotazione del vizio formale, cfr. F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 176 ss.

<sup>99</sup> Al riguardo, la Corte Cost. (ord., 26 maggio 2015, n. 92) ha rimarcato che “secondo un diffuso orientamento della giurisprudenza amministrativa, «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (...)”. La giurisprudenza amministrativa, infatti, ha sovente così ribadito: “Non è sufficiente a giustificare la legittimità del provvedimento impugnato la disposizione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. 241/1990, (...), poiché il difetto di motivazione (...) non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della l. 241/1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno median-

l'indefettibilità del vincolo del giusto procedimento così come delineato, altresì, dal diritto eurounitario (in specie dagli artt. 296 TFUE e 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e rimarcato dalla Corte di Giustizia, che qualifica la stessa motivazione come “forma sostanziale” e motivo di ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio<sup>100</sup>.

Non meno problematica si rivela l'emendabilità della motivazione affetta da perplessità decisionale, in specie qualora si tenti di rimuovere il disvalore attraverso la convalida dell'atto viziato. È necessario, così, distinguere la convalida che intervenga al di fuori del processo da quella che, invece, si inverte nel corso del giudizio.

Nel primo caso, a ben vedere, permane la rilevanza dirimente del vizio sostanziale, tale perché capace di alterare l'equilibrio raggiunto dalla decisione, donde la sua rimozione inciderebbe sulla scelta adottata, mutandola. E così, qualora il limite motivazionale rifletta un'ambiguità che genera aporie, contraddittorietà o difetto dei presupposti della scelta medesima, il vizio non potrà essere emendato. Qualora, invece, il limite motivazionale coincida con una insufficienza del portato giustificativo-formale, costituita, ad esempio, da un errato riepilogo della decisione, trattandosi di vizio meramente formale, in tal caso, non vi sarebbe ragione per non riconoscere “all'amministrazione la possibilità di tirare le fila delle stesse risultanze procedurali, munendo l'atto originario di un'argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l'essenza dispositiva”<sup>101</sup>. E ciò perché detta essenza esprime “la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento”<sup>102</sup>.

Nel caso in cui, invece, la convalida intervenga nel corso del giudizio, la tesi ostativa, volta a preservare le prerogative partecipative e, quindi, il diritto ad ottenere l'annullamento del provvedimento invalido, trova limite nella possibilità, per il privato, di proporre motivi aggiunti, nel segno dei principi di effettività e di concentrazione della tutela processuale di cui all'art. 7, co. 7, c.p.a.<sup>103</sup>.

---

te il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. 241/1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti” (Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014 n. 1629). E sempre in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, VI, n. 3385/2021; Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770; Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247; Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808. Sull'obbligo di motivazione nell'ordinamento dell'Unione europea, cfr. C. FRANCHINI, *Il procedimento*, in *I principi dell'amministrazione europea* (di G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI), Torino, 2017, 233, il quale osserva che il principio dell'obbligo di motivazione, nel suddetto ordinamento, è annoverato tra i principi generali comuni ai procedimenti normativi e amministrativi.

<sup>100</sup> Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia UE, Sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11.

<sup>101</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021.

<sup>102</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021.

<sup>103</sup> In argomento, cfr. B.G. MAITARELLA, *Il provvedimento*, cit., 877-878, il quale osserva che “l'oscillazione tra il profilo formale e quello sostanziale della motivazione si riflette sulla giurisprudenza in materia di integrazione successiva della motivazione: il problema si pone, in particolare,

Accanto all'ampliamento del contenuto dell'accertamento del giudicato amministrativo, l'ordinamento ha agevolato la tutela del privato, altresì, attraverso il novellato art. 10 *bis* della l. n. 241/1990, laddove la norma prevede che "(i)n caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato". Norma, questa, che, nell'ascrivere rilevanza al c.d. "giudizio di sufficienza degli elementi informativi"<sup>104</sup>, per chiare "ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti)"<sup>105</sup>, non può non trovare applicazione, altresì, nell'ipotesi in cui, per cause motivazionali, l'amministrazione intenda convalidare una sua precedente decisione.

#### 7. *Perplexità decisionale e inosservanza del canone di buona fede: la rilevanza della funzione e l'oggettivazione del giudizio*

Si può ritenere ormai acquisita la soggezione della fattispecie procedimentale ai canoni della correttezza, della buona fede e dell'affidamento<sup>106</sup>, nel segno di un

---

con riferimento all'integrazione in corso di giudizio, operata attraverso un provvedimento di convalida di quello impugnato e volta a prevenirne l'annullamento. Fino a tempi recenti, dall'esigenza "formale" della motivazione, come parte dell'esternazione, la giurisprudenza pressoché costante faceva derivare la regola secondo la quale la motivazione deve essere contestuale all'emanazione del provvedimento, non potendo essere integrata successivamente. Nel corso dell'ultimo decennio, peraltro, si sono avute aperture della giurisprudenza, fino all'esplicita enunciazione della regola opposta, motivata tra l'altro con l'esigenza di far riferimento alla "pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente" piuttosto che alla legittimità formale del provvedimento". Tra i vizi emendabili con la convalida è, quindi, pacifico annoverare "la carenza o insufficienza della motivazione" (così M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit., 340).

<sup>104</sup> Così A. ZITO, *Decisione amministrativa e principio di razionalità nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, cit., 5395, il quale inoltre osserva che: "Se infatti la pubblica amministrazione non può dopo l'annullamento in sede giurisdizionale riadottare il provvedimento di diniego adducendo nuovi motivi ostativi, è evidente che a non potere essere modificato sia proprio il suddetto giudizio di sufficienza. Dunque tale giudizio ha una sua autonoma rilevanza e consistenza tale addirittura dal determinare effetti preclusivi rispetto all'adozione di un nuovo provvedimento puntuale successivo alla sentenza di annullamento del giudice" (Id., *op. ult. cit.*, 5395).

<sup>105</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021, per il quale "(l)'ammissibilità, nei limiti anzidetti, di una motivazione successiva non comporta una 'dequotazione' dell'obbligo motivazionale, sussistendo adeguati disincentivi alla sua inosservanza: sul piano individuale, perché restano ferme le ricadute negative sulla valutazione della performance del funzionario; sul piano processuale, in quanto il giudice potrà accollare (in tutto o in parte) le spese di lite all'Amministrazione che (pur non soccombente, cionondimeno) abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla controversia".

<sup>106</sup> Sulla declinazione dei suddetti principi, cfr. G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, 315, il quale ha osservato che "il principio di buona fede ha due diverse manifesta-

processo di qualificazione unitaria delle categorie giuridiche<sup>107</sup>, che adesso trova eloquente riprova nell'art. 1, co. 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990<sup>108</sup>.

Il legislatore ha voluto così favorire l'ingresso nel corpo della funzione di regole che, proprio perché tipiche dell'agire paritetico, tendono a corroborare la tutela del privato, vincolando tutte le parti della relazione giuridica all'osservanza di canoni, che prescindono dalla natura dell'interesse tutelato.

---

zioni, come principio di non contraddizione con un precedente comportamento e come canone di correttezza non riferito ad un precedente comportamento del soggetto agente". L'Autore ha, inoltre, precisato che "per buona fede oggettiva si intende l'aspettativa a che coloro con i quali si viene a contatto si comportino secondo le regole di correttezza imposte dal principio di buona fede. Mentre, per affidamento in senso stretto si intende l'aspettativa a che il comportamento altrui sia coerente col comportamento precedente" (ID., *op. ult. cit.*, 316).

<sup>107</sup> Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 171 ss. È stato osservato da L. TORCHIA (*Studiare il diritto amministrativo oggi*, in *La dinamica del diritto amministrativo* (a cura di L. TORCHIA), Bologna, 2017, 9) che "(a)bbandonati ormai definitivamente gli archetipi tradizionali – l'ancoraggio allo Stato, i connotati necessariamente autoritativi, la dicotomia fra pubblico e privato – ci si interroga sulla dimensione sistemica o solo strumentale del diritto amministrativo e sugli intrecci sempre più stretti e a volte di difficile decifrazione con (...) il diritto civile". Rievocando l'esperienza greca in ordine al rapporto tra la sfera pubblica e la sfera privata, B. SORDI (*Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 14) osserva che nel corso della suddetta esperienza "la costante interazione tra *idion* (privato) e *koinon* (comune, collettivo), in un contesto dominato dalla centralità della politica, come categoria in grado di assorbire l'intera dimensione comunitaria, e dall'assenza di una scienza giuridica in senso proprio, impedisce persino di radicare una contrapposizione tra sfera pubblica e sfera privata, che non assurgono mai al rango di distinte identità, mescolandosi continuamente in combinazioni variabili di situazioni e nozioni". Per F. LIGUORI (*La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010, 17) a ben vedere "(l)'utilizzabilità di strumenti di diritto comune da parte dell'amministrazione pubblica è fenomeno connaturato al formarsi del sistema amministrativo e, sul finire del secolo scorso, ha assunto forme nuove ed estese nell'ambito del processo di privatizzazione della organizzazione e dell'azione amministrativa".

<sup>108</sup> *Ex art.* 1, co. 2 *bis*, della legge n. 241/1990: "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede". A tal fine, v. inoltre l'art. 1, co. 1 *bis*, della cit. legge n. 241/1990, secondo cui: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". La vigenza di tale ultima previsione ha indotto a ritenere che: "La presunzione che il diritto pubblico sia la regola e il diritto privato l'eccezione nell'agire della pubblica amministrazione non può più essere sostenuta, come il pensiero giuridico ha ampiamente acquisito e dimostrato. E il merito del comma 1-*bis* è appunto quello di aver sancito un principio (quasi) opposto: non già quello che l'attività della pubblica amministrazione si presume – salvo norma di legge contraria – di diritto privato, sebbene quello (meno radicale) che l'attività non autoritativa si presume di diritto privato (e salva sempre diversa disposizione di legge)" (G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema* (a cura di V. CERULLI IRELLI), cit., 81). Cfr., in argomento, N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO), cit., 77 ss.

Del resto, non persuade più, e da tempo, il tentativo di assorbire il canone della buona fede nel concetto di interesse pubblico, in quanto “anche distinguendo tra norme finali, che identificano l’interesse pubblico perseguito, e norme strumentali, che disciplinano il modo per raggiungerlo (...) il rapporto che intercorre tra norma finale e norma strumentale è di complementarietà e non di contraddizione”<sup>109</sup>.

Detti canoni, infatti, proprio in virtù di una “naturale forza espansiva (...) penetrano nella parte forse più viva e tipica del regime pubblico”<sup>110</sup>, sussumendo la fattispecie procedimentale “nella logica di un rapporto obbligatorio”<sup>111</sup>, laddove “(l)’inadempimento dei relativi obblighi si traduce nella violazione di corrispondenti pretese del privato”<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Così G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., 315, il quale, altresì, precisa che “(l)’interesse pubblico va inteso come interesse identificato da una norma. L’interesse soggettivo della pubblica amministrazione va inteso come corpo organizzato e non una regola che valga nei rapporti giuridici che essa instaura con altri soggetti. Questi ben possono svolgersi sulla base del principio di buona fede, anche quando tali rapporti non si snodano su posizioni paritarie, anzi ancor di più nei rapporti di potestà-interesse”.

<sup>110</sup> Così G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 99. In tema, cfr. P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell’amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, *passim*.

<sup>111</sup> G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 99. È stato, al riguardo, osservato che “(i)l principio di buona fede come norma di comportamento (...) si può agevolmente estendere ad ogni forma di contatto sociale, che certamente non manca neppure tra la pubblica amministrazione e il destinatario del provvedimento amministrativo” (G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., 316).

<sup>112</sup> G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 99-100. Sull’evoluzione che ha subito il rapporto diritto pubblico-diritto privato e, più in particolare, sul processo di “decostruzione dell’antinomia tra autorità e libertà”, cfr. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 246 ss., per il quale: “a) La prima constatazione è che il diritto pubblico e il diritto privato appaiono non (*più*) in un rapporto di necessaria alternativa, quanto piuttosto configurano sistemi di regole tra loro “reciprocamente interscambiabili”, che talora condividono la medesima missione sul piano regolatorio, ma espongono modalità operative e una dinamica effettuale rilevantemente diverse. (...) b) La diade autorità-libertà appare insufficiente a esprimere compiutamente il senso della distinzione tra norme e interessi pubblici e privati. La stessa nozione di “autorità” (...) non arricchisce il bagaglio espressivo del giurista quando si confonde e semanticamente si sovrappone all’imperatività ovvero all’inderogabilità. Al contrario, la norma imperativa è suscettibile d’essere apprezzata diversamente – si parla allora di regola condizionale a confronto di quella finalistica –, a seconda che faccia (*o non*) prevalere sul regolamento di interessi privati un interesse pubblico eminente ovvero si limiti a realizzare le condizioni d’esercizio dell’iniziativa economica e della libertà contrattuale. Per altro verso, il paradigma concorrenziale smentisce l’idea dell’autonomia privata intesa nei termini di norme attributive e ricognitive d’un interesse finale, e quindi d’una *libertà*, consegnato integralmente alla valutazione dell’attore del mercato. Basti considerare che la nozione e l’interesse concorrenziale protetto postulano il realizzarsi d’un fine esterno al rapporto contrattuale singolarmente considerato (e che può declinarsi, a seconda delle opzioni giuspolitiche e dei contesti economici, nei termini della tutela di piccoli produttori indipendenti, della tutela dei consumatori, del favorire e promuovere il dinamismo concorrenziale). c) La parità quale elemento ontologicamente costi-

La perplessità decisionale, ancor prima che riflettere un cattivo uso del potere, esprime un agire contrario al vincolo di correttezza, in quanto, impedendo al destinatario della decisione di comprendere il tipo di potere esercitato, tradisce quel “rapporto di reciproco affidamento”<sup>113</sup>, che caratterizza la relazione che si instaura, anche nel procedimento, tra l’amministrazione e il cittadino.

Un agire, questo, che si rivela contrario al vincolo della buona fede, poiché in alcun modo volto ad assicurare al privato una decisione chiara, comprensibile e, quindi, intelligibile. L’amministrazione, infatti, non assicurando univocità decisionale, viola quel principio di giustizia superiore che impone alle parti di assicurare la dovuta solidarietà, alla cui stregua l’una deve tener conto dell’interesse e, quindi, della pretesa dell’altra<sup>114</sup>.

E del pari violato risulta l’obbligo di diligenza, da intendersi “come criterio fondamentale di determinazione della prestazione obbligatoria e, insieme, come criterio di responsabilità”<sup>115</sup>.

---

tutivo dei rapporti di diritto privato è oggi largamente revocata in dubbio. Si registra, al riguardo, una duplice e opposta traiettoria evolutiva, di cui i segmenti essenziali sono, da un lato, la tendenza del diritto amministrativo contemporaneo a configurarsi come diritto dell’uguaglianza; dall’altro, la produzione di regole di diritto privato pensate per riequilibrare i rapporti giuridici che evidenziano una strutturale disparità di potere contrattuale. Nel porre rimedio alle asimmetrie informative o relazionali e correggere gli abusi dell’autonomia privata, la norma imperativa ristabilisce quell’assetto paritario che si predica(va) connaturato al diritto privato. La parità non è dunque, *a priori* rispetto alla fattispecie e poi alla disciplina del rapporto, ma un risultato cui bisogna tendere per assicurare l’efficiente funzionamento del mercato. Essa è frutto d’una *valutazione* e poi d’una correzione procedurale (...) che convoglia e argina l’esercizio del potere privato (...).”

<sup>113</sup> F. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 710. Cfr., inoltre, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München u. Berlin, 1953, 79. In argomento, cfr. F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 211 ss.

<sup>114</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, Milano, 1998, 493. In argomento, cfr. ID., *La nozione di buona fede quale regola di regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea (atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese), Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001* (a cura di L. GAROFALO), Vol. III, Padova, 2003, 471 ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 235-236, secondo cui “il principio di correttezza e buona fede (...) espressione del dovere di solidarietà fondato sull’art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, se ciò comporti un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio, e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge”.

<sup>115</sup> C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, 279-280, il quale inoltre osserva che: “Come criterio di responsabilità la diligenza indica lo sforzo che il debitore deve impiegare per evitare l’inadempimento o l’inesattezza dell’adempimento. Come criterio di determinazione della prestazione la diligenza indica il modello di precisione e di abilità tecnica cui il comportamento dovuto deve conformarsi” (ID., *op. ult. cit.*, 280).

L'osservanza di detti canoni, dotando il giudizio amministrativo di "parametri che sono neutri rispetto agli interessi delle parti in gioco"<sup>116</sup>, attenua, altresì, l'indeterminatezza che segna il vizio della funzione, ossia quell'eccesso di potere che, non avendo "un significato pregnante (...) assume il proprio parametro altrove: né nella norma attributiva del potere, né nell'interesse pubblico genericamente inteso, ma in standard di comportamento con cui confrontare la decisione assunta nel caso concreto"<sup>117</sup>.

Risulta, in tal guisa, rilevante non solo il fine perseguito, quanto, altresì, le modalità del suo perseguimento, attraverso la cogenza di vincoli che attenuano la prevalenza dell'autorità sulla libertà, nel segno quindi di una funzione che, sebbene vincolata nel fine, deve essere volta a tutelare e non a prevaricare<sup>118</sup>.

L'agire amministrativo si rivela così "sintesi dei valori pubblici e privati propri dell'ordinamento (...) in grado di assicurare i diritti e i bisogni della persona, ma anche il suo intimo spirito relazionale, il suo essere parte di una comunità, con le sue regole di solidarietà e di convivenza democratica"<sup>119</sup>.

Tutto questo corrobora, altresì, la sostanziale terzietà del sindacato giurisdizionale e, quindi l'indipendenza del giudice, ancorando la sussistenza del vizio alla violazione diretta di un parametro, in tal modo, scongiurando il rischio

<sup>116</sup> Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 173. Sull'indefettibilità dell'eccesso di potere, cfr. G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, cit., 79, secondo il quale: "per quanto acrobazie dialettiche si facciano, anche valorizzando al massimo la buona fede nei rapporti tra privati, in nessun caso è traducibile in istituti privatistici la patologia dell'eccesso di potere e l'ampio sindacato che esso garantisce nel diritto pubblico all'azione amministrativa". Sulle criticità dell'eccesso di potere, cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 378, il quale osserva che il sindacato che riguarda l'eccesso di potere "seppur penetrante, è quanto di meno comprensibile, anche agli addetti ai lavori".

<sup>117</sup> Cfr. G. SIGISMONDI, *op. ult. cit.*, 174-175. Per l'Autore "il riferimento all'interesse pubblico genericamente inteso, che dovrebbe asseritamente costituire la misura sulla cui base valutare l'irragionevole uso della discrezionalità amministrativa, infatti, nell'ambito del sindacato svolge una funzione esclusivamente formale (...)” (Id., *op. ult. cit.*, 174). Secondo S. CASSESE (*Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1997, 317) "il ricorso a "standards" ha le sue radici in una tradizione che antepone la pratica alle regole determinate con legge ed accomuna amministrazioni dette a diritto amministrativo e amministrazioni dette a diritto comune, nonché diritto pubblico e diritto privato (si pensi solo alla buona fede)". In tema, cfr. F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, cit., 471 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 60, secondo cui: "calibrare la tutela giurisdizionale sull'interesse pubblico significa fare entrare l'amministrazione nel processo come autorità, e quindi snaturare il valore stesso della funzione giurisdizionale".

<sup>118</sup> Resta attuale il monito di M.S. GIANNINI (*Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 254), il quale, in relazione al rapporto dialettico autorità-libertà, precisa che "la prima, affermandosi, limita la seconda, che si riespande recedendo l'altra". L'Autore, del pari, ritiene che "vi è un elemento di mediazione tra i due termini del "rapporto dialettico", che è costituito dal procedimento" (*Ibidem*).

<sup>119</sup> B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit., 18.

di un giudizio permeato di sola imparzialità<sup>120</sup>. Il giudizio sull'atto si proietta, così, verso una maggiore oggettivazione, attenuandosi l'ontologica 'non indifferenza' del giudizio stesso rispetto alla natura dell'interesse pubblico tutelato.

#### 8. *Intelligibilità del potere e certezza del diritto*

L'intelligibilità del potere, affinché non resti mera aspirazione, se non utopia, deve necessariamente postulare l'intelligibilità della legge, poiché se proprio "la legge si presta a mille malintesi, o se comunque essa riceve in sorte un'esistenza per così dire clandestina (giacché i più la ignorano del tutto), l'asse della lotta politica si sposta fatalmente dall'approvazione all'applicazione della legge, e quest'ultima si trasforma (...) nella continuazione della politica con l'impiego di altri mezzi"<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Sulla differenza che intercorre tra imparzialità e indipendenza, predicato l'una della funzione e l'altra dell'ufficio, cfr. U. POTOTSCHNIG, *Il giudice interessato non è indipendente*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, 1999, 146, per il quale: "Indubbiamente tra imparzialità e indipendenza del giudice nessuna equazione è possibile. L'imparzialità è regola che concerne la funzione, mentre l'indipendenza attiene all'ufficio. Ciò spiega perché il difetto di imparzialità non è rilevabile, di regola, che nel concreto esercizio del potere e cioè soltanto dopo l'instaurazione del rapporto giuridico processuale: prima di tale momento non si conoscono ancora né le parti né l'oggetto del giudizio, sicché nessuna parzialità del giudice rispetto alla controversia può sussistere, né, tanto meno, essere denunciata. L'indipendenza, al contrario, proprio perché attiene all'ufficio, è requisito richiesto al giudice prima ancora e indipendentemente dalla instaurazione di fronte a lui di un qualunque rapporto processuale; nel prescrivere l'indipendenza, la norma costituzionale intende soltanto precostituire un giudice che, quando fosse chiamato a conoscere di una qualunque controversia tra quelle affidate alla sua competenza, sia in grado di decidere sciolto da legami o vincoli di qualunque genere. Tale situazione certamente non ricorre quando tra il giudice precostituito dalla legge e le controversie che possono essere portate dinnanzi a lui sussista una certa qual relazione, che non gli consente di essere, di fronte ad esse, in posizione indipendente, perché a quelle controversie egli stesso è comunque "interessato". Contrasta dunque col principio della indipendenza non la figura del giudice parziale, ma quella del giudice la cui posizione sia istituzionalmente interessata". Sulla differenza tra amministrazione e giurisdizione rispetto, altresì, all'esercizio di poteri "neutrali", cfr. A.M. SANDULLI *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli, 1990, 264-265, il quale chiarisce che "(u)na "neutralità" di tipo particolare si incontra anche nel campo dell'azione della pubblica Amministrazione. È quella che caratterizza talune decisioni "contenziose" di autorità amministrative. (...) Si tratta nondimeno di neutralità "impropria", in quanto "particolare". Qui non viene in questione una neutralità in senso assoluto, bensì una neutralità, la quale è tale se si esaurisce nell'ambito della pubblica Amministrazione (di volta in volta di un singolo settore della pubblica Amministrazione o dell'ordinamento unitario della pubblica Amministrazione): dell'osservanza di essa l'autorità decidente non "risponde" infatti se non nell'ordine amministrativo".

<sup>121</sup> Cfr. M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2007, 181. Sul rapporto fra la legge e il provvedimento amministrativo nello Stato di diritto, cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 138.

L'agire amministrativo è, da tempo, succube di un profluvio disordinato di norme, la cui continua e caotica produzione, simile ad “un sacco d'ossa buttate alla rinfusa”<sup>122</sup>, è orientata non già a perseguire il fine da tutelare bensì al desiderio di ingenerare nel cittadino la convinzione che, proprio attraverso quella ennesima norma, il fine venga perseguito.

Decodificando l'ordinamento, si è favorito il formarsi di ambiti separati di regole ovvero “micro-sistemi normativi logicamente autonomi”<sup>123</sup>, laddove la società, confusa da una incessante pletora di norme, risulta sempre più conformata da provvedimenti colmi di asserzioni “vaghe, equivoche ed ambigue”<sup>124</sup>.

Una perdurante patologia, questa, generata dal più ampio e complesso processo di trasformazione che ha investito la società e, quindi, inevitabilmente, il diritto, da intendersi quale sistema di regole che, dominando il comportamento umano, ne diventa suo ordinamento<sup>125</sup>.

La comprensione del diritto, del resto, è un tratto individualmente e socialmente irrinunciabile, giacché solo attraverso “una chiara comprensione”<sup>126</sup> dei rapporti che legano le norme di un ordinamento “si può intendere la natura del diritto”<sup>127</sup>, il quale “non è una regola, come talvolta si dice” ma “un complesso di regole aventi quel genere di unità che concepiamo come un sistema”<sup>128</sup>.

Ed è proprio in tal contesto di persistenti cambiamenti che matura la crisi del diritto e la sua incertezza, riflesso di un progressivo mutamento che, a sua volta, ha determinato la crisi della struttura dei vecchi sistemi giuridici, interessati da un continuo mutamento tecnologico, economico e politico<sup>129</sup>. Di qui, il propagarsi

<sup>122</sup> S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 324, nt. 24.

<sup>123</sup> P.B. HELZEL, *L'incerta certezza del diritto e la sua crisi*, in *Certezza e trasparenza tra diritto ed economia* (a cura di J. A. RAMOS VAZQUEZ, C. FAVA), Milanofiori Assago, 2017, 32. Sulla crisi della codificazione, cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, *passim*.

<sup>124</sup> C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/1997, 101. Osserva L. TORCHIA (*Introduzione. La lentissima modernizzazione*, in *Il sistema amministrativo italiano* (a cura di L. TORCHIA), Bologna, 2009, 8) che gli stessi studi sull'amministrazione pubblica sono “in genere polarizzati fra l'analisi giuridica, volta a svalutare tutto ciò che non sia veicolato attraverso una norma, e l'analisi organizzativa, che troppo spesso vede, invece, il diritto nel quale l'amministrazione è immersa come un ostacolo alla comprensione del “reale” e alla stessa funzionalità delle organizzazioni pubbliche”.

<sup>125</sup> Secondo H. KELSEN (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2000, 3) il “diritto è un ‘ordinamento del comportamento umano’. Un “ordinamento” è un sistema di regole”.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> L. GALANTINI, M. PALMARO, *Relativismo giuridico*, Milano, 2011, 63. Per L. TORCHIA (*Introduzione. La lentissima modernizzazione*, cit., 20) i fattori di innovazione che maggiormente hanno inciso sul sistema amministrativo italiano “sono stati soprattutto esogeni – l'integrazione europea, la trasformazione del sistema politico, l'accresciuta esigenza di servizi – piuttosto che endogeni e hanno trovato un differente grado di radicamento e di sviluppo nelle diverse componenti del

di una incertezza che, investendo l'ordinamento, contamina altresì l'azione amministrativa, la quale, vulnerata da continui mutamenti di sistema, provvede non sempre lungi da aporie, ambiguità ed incertezze<sup>130</sup>.

Si assiste, così, all'inverarsi di una perplessità decisionale esito di scelte sovente inidonee ad assicurare provvedimenti univoci, intellegibili, non affetti, quindi, da quella indecidibilità, che impedisce di trarre dall'atto un significato che non sia ambiguo, irrazionale o incoerente<sup>131</sup>.

Tutto questo non solo acuisce la crisi del principio di legalità<sup>132</sup>, quanto configge

---

sistema". Secondo C. FRANCHINI (*La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020, 61), lo Stato "produce norme che talvolta si contrappongono a quelle europee (...) La situazione che si è creata è frutto di una causa interna, di carattere specifico, e di una causa esterna, di natura generale, all'ordinamento italiano. La prima è la riduzione della fiducia nei pubblici poteri. (...) La seconda è la globalizzazione dell'economia e del diritto". Cfr., in argomento, I.M. MARINO, *Diritto, Amministrazione, Globalizzazione*, in *Cittadini, imprese e pubbliche funzioni* (a cura di A. BARONE), Bari, 2018, 58; D. TURPIN, *Les libertés publiques sous la V<sup>e</sup> République*, in *Rev. Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1998, 1838.

<sup>130</sup> Per un'approfondita analisi della 'certezza del diritto' nell'ambito del 'diritto del rischio', cfr. A. BARONE, *L'Amministrazione del rischio*, cit., 120, il quale rileva che: "Nel diritto del rischio (...) la certezza del diritto può essere ricollegata alla "certezza dell'azione", intesa sia come obbligo di adozione di misure preventive e precauzionali che come obbligo di valutazione e di intervento di fronte a nuove informazioni scientifiche. Siffatta certezza dell'azione coinvolge pubbliche amministrazioni e imprese". Secondo l'Autore "(l)'ambiguità delle pubbliche amministrazioni, obbligate a rivedere continuamente le proprie statuizioni, non può essere considerata lesiva dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento" (Id., *op. ult. cit.*, 117).

<sup>131</sup> Cfr. M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, cit., 144 ss. L'Autore, in ordine al significato da ascrivere alle nozioni di ambiguità, irrazionalità e incoerenza della regola giuridica osserva che "(l)'ambiguità genera (...) un corto circuito del linguaggio, una distorsione fra il suono delle parole e il significato che esse assumono; e in questo senso il tarlo dell'ambiguità morde ben più a fondo dell'indeterminatezza. La frase indeterminata esprime un significato generico, non circostanziato (...), ma il significato c'è, ed è pur sempre uno; la frase ambigua (...) viceversa esprime simultaneamente più significati, oppure non ne esprime nessuno. A sua volta, l'ambiguità fa capolino nei discorsi sotto varie foggie: i linguisti distinguono fra ambiguità lessicali, funzionali, morfologiche sintattiche" (Id., *op. ult. cit.*, 144-145). Secondo l'Autore nel caso dell'irrazionalità, che postula un contrasto con la logica o una pretesa impossibile da soddisfare, il "contenuto della regola giuridica a prima vista è chiaro; ma si trasforma subito in un vero rompicapo non appena essa venga posta in relazione con la situazione di fatto su cui vorrebbe incidere, o altrimenti se la regola medesima sia letta congiuntamente a un'altra regola giuridica" (Id., *op. ult. cit.*, 148). Infine, per quanto concerne l'incoerenza, l'Autore osserva che la coerenza della regola giuridica sia da rinvenirsi "nella sua coesione, nel rapporto che s'instaura tra le finalità da cui muove una legge e gli strumenti che essa spende per raggiungerle" (Id., *op. ult. cit.*, 153). In relazione all'uso di espressioni vaghe nel linguaggio giuridico, cfr. C. PERELMAN, *Essai de synthèse*, in *Les notions à contenu variable en droit* (a cura di C. PERELMAN e R. VANDER ELST), Bruxelles, 1984, 363 ss.

<sup>132</sup> Sulla crisi del principio di legalità, cfr. M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in *Principio di legalità ed amministrazione di risultato* (a cura di M. IMMORDINO e A. POLICE), Giappichelli, Torino 2004, 16, per la quale detta crisi "trova le ragioni più prossime nella crescente europeizzazione ed internalizzazione del diritto amministrativo, nell'ipertrofia normativa,

con i noti vincoli dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, minando, altresì, la certezza del diritto<sup>133</sup>, il cui compiuto significato non può non includere, oltre alla stabilità, all'efficacia ed all'osservanza delle regole, altresì, l'accessibilità del cittadino alle prescrizioni del potere, l'effettiva comprensione delle scelte amministrative e, quindi, l'univocità delle decisioni.

Se così non fosse, quindi, se l'univocità decisionale non costituisse un tratto indefettibile del potere, il "diritto, terraferma salda e indiscussa fonte di certezza"<sup>134</sup>, si frantumerebbe, trasformandosi in "un arcipelago"<sup>135</sup>, che riserva "all'interprete, al giudice, al cittadino il gravoso compito di muoversi tra le isole che lo compongono"<sup>136</sup>.

---

nella cattiva qualità delle leggi, che degenera, sempre più spesso, nella loro oscurità, con effetti devastanti sul piano della conoscibilità e, quindi, della effettività del diritto stesso, nella crescente provvedimentalizzazione della legge, nel ricorso, sempre più frequente, alle c.d. leggi *omnibus* o alle leggi manifesto, nella crescita vertiginosa della legislazione speciale, nella sistematica violazione del principio della separazione dei poteri, per indicarne soltanto alcune".

<sup>133</sup> In argomento, cfr. M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 16 ss.; ID., *Codificazione, semplificazione, qualità delle regole e certezza del diritto*, in *www.gustamm.it*; F. LOPEZ DE ONATE, *Certezza del diritto*, trad. it., Milano, 1968, 38.

<sup>134</sup> A. ABIGNENTE, *L'incerto ed il possibile: lo spazio dell'argomentazione giuridica*, in *Filosofia politica del diritto. Scritti in onore di Francesco M. De Sanctis* (a cura di G.M. LABRIOLA), Napoli, 2014 194.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

### Abstract

Nel novero dei principi che regolano le relazioni giuridiche si è soliti sussumere, altresì, il vincolo della chiarezza, in virtù del quale la parte deve poter comprendere, agevolmente, l'altrui volontà così da poterne calcolare e misurare gli effetti.

La chiarezza non esprime una qualità intrinseca dell'atto bensì riflette l'assenza dell'equivoco, quindi, del conflitto, cosicché gli effetti dell'atto stesso coincidano con ciò che il destinatario ragionevolmente intende. E ciò deve avvenire nel segno del buon andamento e della buona fede, che impongono all'amministrazione, altresì, di operare in modo chiaro e lineare, onde fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto se da esse possano derivare conseguenze lesive.

Un paradigma, questo, che ormai permea la funzione tutta, esso trovando infatti sintesi nell'ordinamento, per il quale i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.

La perplessità decisionale, pertanto, rende oscuro il contenuto del provvedimento, il quale, così, risulta inidoneo a palesare ovvero a rendere intellegibile il tipo di potere che l'amministrazione ha scelto di espletare.

Tutto questo non solo acuisce la crisi del principio di legalità, quanto confligge con i noti vincoli dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, minando, altresì, la certezza del diritto, il cui significato non può non includere, oltre alla stabilità, all'efficacia ed all'osservanza delle regole, altresì, l'accessibilità del cittadino alle prescrizioni del potere, l'effettiva comprensione delle scelte amministrative e, quindi, l'univocità delle decisioni.

#### Decision-making perplexity and intelligibility of power

In the list of principles governing legal relations, it is customary to subsume, also, the constraint of clarity, by virtue of which the party must be able to understand, easily, the will of others so as to be able to calculate and measure its effects.

Clarity does not express an intrinsic quality of the act but reflects the absence of the misunderstanding, therefore, of the conflict, so that the effects of the act itself coincide with what the addressee reasonably intends. And this must be done in the name of good performance and good faith, which also require the administration to operate in a clear and linear way, in order to provide citizens with certain and safe rules of conduct, especially if they may have harmful consequences.

This is a paradigm that now permeates the entire function, finding in fact synthesis in the system, for which the relations between the citizen and the public administration are marked by the principles of collaboration and good faith.

The decision-making perplexity, therefore, obscures the content of the measure, which, thus, is unsuitable to reveal or to make intelligible the type of power that the administration has chosen to carry out.

All this not only exacerbates the crisis of the principle of legality, but also conflicts with the well-known constraints of impartiality and good performance of the administration, also undermining the certainty of the law, the meaning of which cannot fail to include, in addition to stability, effectiveness and observance of the rules, also the accessibility of the citizen to the prescriptions of power, the effective understanding of administrative choices and, hence, the unambiguity of decisions.



# Sulla nuova conciliazione su proposta del giudice tributario

di Chiara Gioè

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il nuovo comma 2-*octies* dell'art. 15 del d.lgs. n. 546/1992. – 3. «L'ingiustificato motivo» del rifiuto della proposta conciliativa. – 4. Le controversie conciliabili su iniziativa del giudice tributario.

## 1. Considerazioni introduttive

La legge di riforma della giustizia e del processo tributari, approvata in via definitiva il 9 agosto 2022<sup>1</sup>, reca nuove disposizioni anche in tema di concilia-

---

<sup>1</sup> La legge 31 agosto 2022, n. 130 (in vigore dal 16 settembre 2022), recante «Disposizione in materia di giustizia e processo tributari», approvata in via definitiva il 9 agosto 2022, dà attuazione agli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (rispettandone i tempi di attuazione, fissati nel quarto trimestre del 2022), incentrati sul miglioramento della qualità delle sentenze tributarie e la riduzione del contenzioso in Corte di cassazione. Si tratta di obiettivi diversi da quelli sottesi alla riforma della giustizia civile e penale. Nell'allegato del Consiglio dell'Unione europea alla decisione di approvazione del PNRR si legge espressamente che le riforme della giustizia civile e penale sono incentrate «principalmente sulla riduzione del tempo del giudizio», mentre l'obiettivo della riforma della giustizia tributaria, «è rendere più efficace l'applicazione della legislazione tributaria e ridurre l'elevato numero di ricorsi alla Corte di cassazione», si cfr. l'Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione Europea relativo all'approvazione del PNRR, del 8 luglio 2021, 5 e 6, consultabile in *op.europa.eu*. A differenza delle altre giurisdizioni, il problema prioritario del processo tributario non attiene alla velocità del rito, ma alla formazione dei giudici e alla mancanza di qualità delle sentenze, che finisce per tradursi in un numero eccessivo di ricorsi in cassazione. L'intervento sulla giustizia tributaria previsto nel PNRR muove dalla considerazione di quanto il contenzioso tributario sia una componente importante dell'arretrato della Suprema Corte (50.000 ricorsi pendenti nel 2020) e di quanto spesso le decisioni della Cassazione portino ad un annullamento delle sentenze delle Commissioni tributarie regionali (nel 47% dei casi nel 2020), si cfr. Dossier sulla riforma della giustizia tributaria del Servizio bilancio dello Stato e del Dipartimento di giustizia, consultabili in *www.camera.it*. La legge n. 130/2022 può essere suddivisa in due parti. La *prima* prevede un cambiamento epocale nella giurisdizione tributaria, introducendo al posto del giudice onorario *part time* il giudice professionale a tempo pieno; la creazione della V magistratura tributaria rappresenta un traguardo, del quale si discute da più di centocinquanta anni (l'istituzione delle prime Commissioni tributarie risale al 1864), del quale non si può che essere soddisfatti. La *seconda* parte della legge prevede alcune modifiche alla disciplina del processo tributario, tra le quali rientrano quelle in tema di conciliazione giudiziale, oggetto del presente contributo. È indubbio che per arrivare all'approvazione di una riforma della giustizia tributaria così radicale (la creazione della V magistratura) dei compromessi fossero inevitabili, tuttavia indubbe perplessità suscita la permanenza organizzativa della giurisdizione tributaria all'interno del Ministero dell'Economia e Finanze. È vero che il problema principale, ossia quello della dipendenza economica, è stato superato, equiparando sotto il profilo retributivo i nuovi giudici tributari a quelli delle altre magistrature, è anche vero, però, che il giudice non deve soltanto *essere* terzo e imparziale, ma deve anche *apparire* tale e certamente la dipendenza dal MEF non lo consente, in quanto dallo stesso

zione giudiziale: da un lato introduce la possibilità che la proposta conciliativa venga formulata anche dal giudice<sup>2</sup> e, dall'altro, modifica le conseguenze previste a carico della parte che abbia rifiutato di aderire alla proposta, sia che essa provenga dal giudice, sia che essa provenga dall'altra parte.<sup>3</sup>

L'attribuzione del potere di iniziativa anche alla Corte di giustizia tributaria (nuova denominazione delle Commissioni tributarie prevista dalla riforma<sup>4</sup>) è

---

Ministero dipendono i giudici e una delle parti in causa. Sul punto F. PISTOLESI, *Spunti per una riforma della giustizia nella relazione della Commissione interministeriale del 30 giugno 2021*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 20 luglio 2021; M. BASILAVECCHIA, *Riforma della giustizia tributaria. Una 'storica' prima pietra tra luci ed ombre*, in *L'Editoriale di Massimo Basilavecchia del 21 maggio 2022*, Ipsos Quotidiano online; G. RAGUCCI, *La giustizia tributaria rischia una duplice dipendenza culturale*, in *lSole24Ore*, 10 maggio 2022; E. DELLA VALLE, *La riforma della giustizia tributaria nel d.d.l. di fonte senatoriale*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 1° aprile 2022, 5 ss.; F. TUNDO, *Giustizia Tributaria: una riforma perfettibile, ma con interventi non negoziabili*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 1° luglio 2022, 5; A. GIOVANARDI, *Lo status del giudice nella riforma del processo tributario*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 28 marzo 2022, 11; per un commento anche degli altri aspetti della riforma tributaria si cfr. AA.VV., *La riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2022; A. CONTRINO, *Editoriale – La riforma della giustizia tributaria di cui al d.d.l. n. 2636/2022: riforma "suicida" o "gattopardesca"?*, in *Riv. dir. trib., supplemento online*, 13 luglio 2022; G. FRANSONI, *Considerazioni sul d.d.l.: "Disposizioni in materia di giustizia e di processo tributari": c) il giudizio monocratico e critica vincolata*, in [www.fransoni.it](http://www.fransoni.it), 4 giugno 2022; A. GIOVANARDI, *La riforma della giustizia tributaria nel disegno di legge di iniziativa governativa AS/2636: decisivo passo in avanti o disastrosa iattura?*, in *Riv. dir. trib., supplemento on line*, 8 luglio 2022; Sulla questione della necessaria indipendenza dal MEF dell'attuale giudice tributario, si vedano, tra gli altri, F. GALLO, *Verso il "giusto processo" tributario*, in *Rass. trib.*, 2003, 11; C. GLENDI, *La riforma della giustizia tributaria*, in *Corr. trib.*, 2009, 877; A. MACHESELLI, *La (in) dipendenza del giudice tributario italiano nella lente della CEDU*, in *Dir. part. trib.*, 2013, 387; G. MELIS, *Liti tributarie: una riforma in danno dei contribuenti*, in *lSole24Ore*, 24 giugno 2022; C. BUCCICO, L. LETIZIA, *Verso la riforma della giustizia tributaria nella prospettiva della terzietà e imparzialità del giudice*, in *Giur. imp.*, 2019, 264 ss.

<sup>2</sup> All'interno del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, dopo l'art. 48-*bis*, viene inserito il seguente art. 48-*bis*.1 («Conciliazione proposta dalla corte di giustizia tributaria»): «Per le controversie soggette a reclamo ai sensi dell'articolo 17-*bis* la corte di giustizia tributaria, ove possibile, può formulare alle parti una proposta conciliativa, avuto riguardo all'oggetto del giudizio e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione», si cfr. l'art. 4, comma 1, lett. g), della l. n. 130/2022.

<sup>3</sup> All'interno del d.lgs. n. 549/1992, il comma 2-*octies* dell'art. 15 (che disciplina le spese del giudizio), viene sostituito dal seguente: «Qualora una delle parti ovvero il giudice abbiano formulato una proposta conciliativa, non accettata dall'altra parte senza giustificato motivo, restano a carico di quest'ultima le spese del giudizio maggiorate del cinquanta per cento, ove il riconoscimento delle sue pretese risulti inferiore al contenuto della proposta ad essa effettuata. Se è intervenuta conciliazione le spese si intendono compensate, salvo che le parti stesse abbiano diversamente convenuto nel processo verbale di conciliazione», si cfr. l'art. 4, comma 1, lett. d), della l. n. 130/2022.

<sup>4</sup> Con l'art. 4, comma 1, lett. a), della legge di riforma n. 130/2022 le denominazioni «Commissione Tributaria Provinciale» e «Commissione Tributaria Regionale» sono state sostituite dalle seguenti: «Corte di giustizia tributaria di primo grado» e «Corte di giustizia tributaria di secondo grado». Al di là di altre considerazioni (il cambiamento di denominazione contribuisce a trasmettere l'idea dell'equiparazione della magistratura tributaria a quelle già esistenti), il significato del sostantivo «Commissione», mal si conciliava con le ipotesi in cui il giudice tributario sarebbe stato chiamato ad operare in composizione monocratica. «La "Commissione" per definizione è un

senz'altro da considerare positiva, rappresentando un ulteriore strumento in direzione della necessaria deflazione del contenzioso tributario<sup>5</sup>.

Le conseguenze previste per la parte che non accetti la proposta di conciliazione, invece, appaiono sproporzionate rispetto al fine che il legislatore intende perseguire, che è quello di sanzionare le condotte di abuso del giudizio, riducendo, sempre in un'ottica deflattiva, il ricorso allo strumento processuale<sup>6</sup>.

Invero, rispetto alla disciplina precedente<sup>7</sup>, che già poneva le spese di lite a carico della parte che abbia rifiutato senza giustificato motivo la conciliazione per poi vedersi riconosciuta in sentenza una pretesa inferiore al contenuto della proposta, la riforma aggiunge la previsione di una maggiorazione delle spese del 50%<sup>8</sup>.

La nuova disciplina risulta eccessivamente penalizzante per chi non accolta il tentativo di conciliazione e rischia di inibire, per timore delle conseguenze,

---

organo collegiale, «gruppo di persone investite di un pubblico incarico»; si pensi alle *Commissioni d'esami*, alle *Commissioni Parlamentari*, alle *Commissioni Pontificie*. Se la denominazione non fosse stata cambiata – come nell'originaria versione del disegno di legge della riforma tributaria – sarebbe stato comunque necessario accompagnare la parola “Commissione” alla locuzione «anche in composizione monocratica», ogni qual volta il termine fosse stato utilizzato con riferimento indistintamente a tutte controversie tributarie (comprese quelle di primo grado e di valore inferiore a tre mila euro). In argomento si v. E. DE MITA, *È il momento della vera giurisdizionalizzazione del processo tributario*, in *IlSole24ore*, 14 giugno 2022.

<sup>5</sup> Si tratta di una disposizione che, mutuando lo schema dell'art. 185 *bis* c.p.c., introduce per la prima volta nel processo tributario la conciliazione su iniziativa del giudice, sull'assunto – indubbiamente condivisibile – che: i. l'attuale reclamo/mediazione meriti di essere mantenuto in ragione dei positivi risultati in termini di deflazione del contenzioso; ii. non sia il caso, anche per la difficoltà di creare dal nulla una tale struttura e per il fatto che essa si porrebbe in quell'ambigua zona tra mediazione e attività decisoria, di fare ricorso ad un organo terzo, diverso dal giudicante, si cfr. sul punto la Relazione finale dei lavori della Commissione interministeriale presieduta da Giacinto della Cananea, 14, disponibile sul sito del Ministero della Giustizia.

<sup>6</sup> La norma impone maggiori oneri (sotto forma non solo di spese di lite, ma anche di maggiorazione di queste del 50%) a carico di chi non riflette con ragionevolezza sulla possibilità di trovare un accordo per evitare la lite ed evidenzia l'opportunità di valutare con la dovuta attenzione il rapporto costi/benefici nell'assumere la decisione di giungere al giudizio.

<sup>7</sup> L'art. 15, comma 2-*octies*, prima parte, del d.lgs. n. 546/1992, nella precedente formulazione prevedeva: «Qualora una delle parti abbia formulato una proposta conciliativa, non accettata dall'altra parte senza giustificato motivo, restano a carico di quest'ultima le spese del processo ove il riconoscimento delle sue pretese risulti inferiore al contenuto della proposta ad essa effettuata».

<sup>8</sup> Sia che si interpreti questa norma come uno strumento per infliggere una speciale sanzione alla parte colpevole di aver rifiutato ingiustificatamente una proposta conciliativa, sia che si ritenga soltanto un diverso regime di regolamentazione delle spese di lite, connesso ad una vicenda incidentale, sia pur con funzione sanzionatoria, addossare alla parte che non abbia aderito alla proposta oltre alle spese di lite un aumento di esse del 50% appare sproporzionato rispetto al fine che si vuole raggiungere.

l'accesso alla giustizia, risultando poco coerente con il dettato costituzionale che garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti.

Il problema si pone soprattutto nel caso in cui la proposta conciliativa sia formulata dal giudice, perché sarà lo stesso soggetto che poi deciderà nel merito l'esito del giudizio.

Valgano al riguardo le seguenti considerazioni.

## 2. *Il nuovo comma 2-octies dell'art. 15 del d.lgs. n. 546 del 1992*

La legge di riforma del processo tributario, con la modifica del comma 2-octies dell'art. 15 del d.lgs. n. 546/1992 ha previsto che qualora una delle parti o il giudice abbiano formulato una proposta conciliativa, non accettata dall'altra parte senza giustificato motivo, restino a carico di quest'ultima le spese del giudizio maggiorate del cinquanta per cento, ove il riconoscimento delle sue pretese risulti inferiore al contenuto della proposta.

Si tratta di un'ipotesi di condanna che prescinde dalla soccombenza, in cui la responsabilità per le spese non è legata alla sussistenza o meno del diritto sostanziale, ma all'apprezzamento del comportamento processuale e in particolare al mero rifiuto di addivenire alla conciliazione.

Invero, la previsione di una condanna alle spese di lite per il mancato accoglimento ingiustificato di una proposta conciliativa nasce con la riforma del codice di procedura civile del 2009 e segnatamente con la modifica dell'art. 91, comma 1, ultima parte, c.p.c.<sup>9</sup>

Un'analogha previsione era stata introdotta all'interno del decreto sul conten-

---

<sup>9</sup> La disposizione dell'art. 91, comma 1, ultima parte, c.p.c., introdotta nel nostro ordinamento con la riforma del sistema processuale civile del 2009 (art. 45, comma 10, della legge 18 giugno 2009, n. 69), prevede che il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanni la parte che abbia rifiutato tale proposta senza giustificato motivo al pagamento delle spese maturate dopo la sua formulazione, fatti salvi i casi di compensazione. Gli interventi che hanno interessato le spese di lite costituiscono una delle novità più significative delle novelle sul processo civile degli ultimi anni. Scelte analoghe a quelle compiute in ambito civilistico sono state adottate dal legislatore anche in sede di riforma del processo amministrativo (si veda al riguardo quanto previsto dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, che all'art. 26 richiama espressamente gli artt. dal 91 al 97 del codice di rito). In argomento si v. A. RUSSO, *Rifiuto della conciliazione e refusione delle spese di lite. Il nuovo art. 91 c.p.c.*, in *Il fisco*, 2010, 5311 ss. Il principio fissato dall'art. 91 c.p.c. veniva ritenuto comunque applicabile, in ambito civilistico, dalla giurisprudenza di legittimità anche prima della riforma del 2019. Significativa al riguardo è la sentenza della Suprema Corte in cui si riconosce quale legittimo motivo di compensazione delle spese «un comportamento processuale ingiustificato restio a proposte conciliative plausibili in relazione alle concrete risultanze processuali», si cfr. Corte di cassazione, sez. un., 30 luglio 2008, n. 20598. Sul tema si v. C. GIOÉ, *Il rifiuto di mediazione tributaria e condanna alle spese del giudizio*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, 59 ss.

zioso tributario (art. 15, comma 2-*octies*, del d.lgs. n. 546/1992), con la riforma del 2015, sebbene l'art. 91 c.p.c. si ritenesse già applicabile in materia fiscale a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 546/1992<sup>10</sup>.

Prima della riforma in commento, tuttavia, nel diritto processuale civile e in quello tributario non era mai stata prevista una “sanzione” così pesante per la parte che avesse rifiutato, sia pur senza giustificato motivo, di addivenire ad una soluzione stragiudiziale della controversia su proposta dell'organo giudicante.

La modifica introdotta dalla l. n. 130/2022, oltre a disancorare la responsabilità processuale dalla soccombenza nel merito (la condanna alle spese di lite già prescindeva dalla soccombenza, dipendendo soltanto dal diniego ingiustificato di conciliare la controversia), prevede addirittura una maggiorazione delle spese di giudizio del 50% per la parte che rifiuti la proposta conciliativa.

Appare incongruo che una simile previsione sia stata introdotta per la prima volta proprio all'interno del processo tributario, ossia nell'ambito di una materia – come quella fiscale – caratterizzata da una legislazione spesso ambigua, soggetta sovente ad interpretazioni contrastanti in ordine alla corretta normativa da applicare al caso concreto.

Il problema – come già evidenziato – si pone nell'ipotesi in cui l'iniziativa della conciliazione sia della Corte di giustizia tributaria, che sarà poi lo stesso soggetto che deciderà nel merito l'esito del giudizio.

---

<sup>10</sup> A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 546/1992 è venuto meno ogni dubbio in ordine all'applicabilità dell'art. 91 c.p.c. al processo tributario. Il decreto sul nuovo contenzioso, da un lato, ha disposto l'espressa abrogazione dell'art. 39 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 636, che escludeva l'applicabilità al procedimento davanti alle Commissioni tributarie degli articoli da 90 a 97 c.p.c.; dall'altro, all'art. 1, secondo comma, ha previsto un rinvio generale alle disposizioni del codice di procedura civile. Con riferimento all'art. 91, comma 1, ultima parte, c.p.c., sussistevano entrambe le condizioni per l'operatività del suddetto rinvio, rappresentate dall'*omessa previsione* della fattispecie da parte del d.lgs. n. 546/1992 e dalla sussistenza di *compatibilità* tra la norma del codice di procedura civile da applicare e le disposizioni del d.lgs. n. 546/1992. Invero, nessuna norma del processo tributario regolamentava la stessa fattispecie, né una fattispecie analoga a quella prevista dall'art. 91, primo comma, ultimo periodo, c.p.c.; quanto alla compatibilità, la previsione nel sistema contenzioso in materia fiscale di una serie di strumenti deflattivi e di definizione alternativa al giudizio, rappresentava un alveo già tracciato nel quale la norma procedurale in commento trovava congrua allocazione. Sul punto si rimanda anche alle considerazioni di E. MANZON, *La legge n. 69/2009 (interventi sul processo civile) ed il processo tributario. Primi rilievi*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, 887 ss. L'autore classifica le disposizioni novellate del c.p.c. in materia di spese di lite quali «norme di sistema», come tali di rilevanza fondamentale per il contenzioso tributario. L'applicabilità al contenzioso tributario della norma in commento era stata, peraltro, riconosciuta anche dall'Agenzia delle Entrate nella circolare emanata in sede d'interpretazione del nuovo regolamento in tema di spese introdotto dalla l. n. 69/2009: «Si ritiene che la citata disposizione possa trovare applicazione anche nel processo tributario, ancorché la 'conciliazione giudiziale' di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 546/1992 preveda una disciplina diversa dalla 'proposta conciliativa' cui si riferisce l'art. 91 c.p.c.», si cfr. Direzione Centrale Normativa e Contenzioso Agenzia delle entrate, circ. 31 marzo 2010 n. 17/E.

In materia tributaria la proposta conciliativa avanzata dal giudice contiene inevitabilmente un'anticipazione di giudizio, perché, a differenza degli altri settori del diritto, il giudice sarà vincolato al rispetto del principio di riserva di legge e non potrà prospettare soluzioni che abbiano natura transattiva, invitando le parti a farsi reciproche concessioni al solo fine di evitare il protrarsi della lite.

Una simile proposta, invero, non potrebbe essere accettata dalla parte pubblica, vincolata al rispetto del principio d'indisponibilità dell'obbligazione tributaria.

Se il giudice suggerisce di conciliare la controversia, significa che, alla luce della legislazione vigente, degli atti processuali e della documentazione prodotta dalle parti, ha già valutato che il rapporto tributario debba essere regolato nel modo proposto ed è difficile che possa pronunziarsi diversamente all'esito del processo.

Non è da escludere, proprio per questo, che possa valutare negativamente il comportamento della parte che abbia rifiutato la soluzione di definizione della lite da lui prospettata; il diniego di conciliare per il giudice sarà sempre (o quasi) ingiustificato.

D'altronde è in ragione di tali considerazioni (inevitabile anticipazione di giudizio) che la legge di riforma prevede che il giudice, che abbia proposto la conciliazione, non possa essere ricusato, né debba astenersi<sup>11</sup>. Se in tale proposta non si fosse riconosciuta una sostanziale anticipazione di giudizio, alla quale è inevitabilmente connesso il comprensibile timore della parte (che intenda rifiutare) in ordine all'esito finale della lite, non vi sarebbe stato motivo di precisare che la formulazione della proposta non possa essere causa di ricazione o astensione.

Considerato che la proposta conciliativa di regola viene fatta in una fase iniziale del giudizio, non è escluso che in fase decisionale, analizzate nel dettaglio le risultanze istruttorie, il giudice possa pronunziarsi in modo sostanzialmente analogo alla proposta, ma riconoscendo alla parte che abbia rifiutato un diritto quantitativamente, anche di poco, inferiore: ciò farebbe scattare in automatico le pesanti conseguenze previste dal nuovo comma 2-*octies* dell'art. 15 del d.lgs. n. 546/1992.

Il rischio concreto è che di fatto – se pur non espressamente – la proposta di conciliazione formulata dal giudice diventi vincolante per la parte, che ragionevolmente non potrà fare affidamento su una pronunzia più favorevole e potrebbe essere indotta ad accettare soltanto per il timore di essere condannata alle spese di lite, con la significativa maggiorazione del 50%<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Il comma 6 del nuovo art. 48-*bis*.1, comma 6, inserito all'interno del d.lgs. n. 546/1992 dall'art. 4, comma 1, lett. g), della l. n. 130/2022 prevede che: «La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricazione o astensione del giudice».

<sup>12</sup> Una conseguenza pregiudizievole così pesante nel caso di mancata accettazione della

Si tenga conto del fatto che accettare la conciliazione per la parte significa abdicare alla visione giuridica proposta, rinunciare al diritto di ottenere la condanna alle spese di lite della controparte e soprattutto non potersi avvalere del doppio grado di giudizio.

Il fine che l'istituto della conciliazione si propone – deflazionare il contenzioso e contrastare l'abuso dello strumento processuale – non può giustificare il sacrificio del diritto costituzionalmente garantito ad agire o resistere in giudizio, perché la difesa giurisdizionale non può subire limitazioni<sup>13</sup>. Alle parti può essere offerta soltanto la possibilità di definire la lite in via stragiudiziale, ma tale definizione non può essere imposta, neppure indirettamente o in forma implicita.

Per essere rispettosi del dettato costituzionale gli strumenti deflattivi possono essere obbligatori soltanto nel loro esperimento, non anche nella loro accettazione, come di fatto rischia di accadere nell'ipotesi *de qua*.

Si consideri che, prima dell'emendamento del 4 maggio 2022, il disegno di legge della riforma tributaria aveva previsto la limitazione della possibilità di proporre appello per le liti di valore fino a tremila euro<sup>14</sup>. Se questa norma non fosse stata espunta dal testo definitivo della l. n. 130/2022 il pregiudizio del diritto alla difesa giurisdizionale sarebbe risultato ancora maggiore, perché la parte chiamata a decidere, se accettare o meno la proposta di conciliazione, avrebbe saputo che in caso di rifiuto non avrebbe potuto sottoporre le sue ragioni davanti ad un altro giudice, diverso da quello che si era già espresso con la proposta.

Vi sono ipotesi in cui sebbene il valore della lite non sia elevato le conseguenze di una errata definizione della controversia potrebbero essere molto dannose per il contribuente. Si pensi alle cause che investono questioni di carattere generale, i cui effetti si ripercuotono sulle successive annualità (e su atti impositivi magari anche di importo più elevato)<sup>15</sup>.

Diversa è l'ipotesi in cui l'iniziativa della conciliazione provenga da una

---

proposta conciliativa formulata dal giudice finisce per condizionare eccessivamente la volontà della parte.

<sup>13</sup> Si cfr. l'art. 24 della Costituzione: «La difesa (giurisdizionale) è un diritto inviolabile in ogni stato grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione».

<sup>14</sup> L'art 2, comma 2, lett. f) del disegno di legge della riforma tributaria AS/2636, abrogato a seguito degli emendamenti del 4 agosto 2022, prevedeva: «La sentenza della commissione provinciale pronunciata dal giudice monocratico di cui all'art. 4-bis può essere appellata esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, nonché per violazione di norma costituzionali, o di diritto dell'Unione europea, ovvero dei principi regolatori della materia». In argomento si v. G. FRANSONI, *Considerazioni sul d.d.l.: "Disposizioni in materia di giustizia e di processo tributari": c) il giudizio monocratico e critica vincolata*, in [www.fransoni.it](http://www.fransoni.it), 4 giugno 2022.

<sup>15</sup> «La sentenza del giudice tributario emessa con riferimento ad un determinato rapporto giuridico di imposta ed in relazione ad una specifica annualità, può fare stato anche con riferimento alle imposte dello stesso tipo dovute per gli anni successivi per quanto attiene alla risoluzione di un'identica questione di diritto comune a tutte le controversie, o alla decisione su questioni preli-

delle parti, perché in questo caso la nuova previsione (condanna alle spese di lite, con la maggiorazione del 50%, in caso di rifiuto) può trovare giustificazione nell'esigenza di indurre il soggetto che abbia ricevuto la proposta a riflettere con la dovuta attenzione e ragionevolezza sulla possibilità di trovare un accordo per evitare la prosecuzione della lite. La parte, tuttavia, rimane libera di conciliare o meno, perché laddove non volesse definire la lite potrà confidare nella decisione di un giudice terzo, che non ha espresso ancora alcun orientamento.

Va considerato che il decreto sul contenzioso tributario contiene già una norma – ad oggi quasi del tutto inapplicata – che consentirebbe di contrastare efficacemente le ipotesi di abuso del processo e che, rispetto alla disciplina introdotta dalla riforma, appare maggiormente modulabile rispetto al caso concreto.

Come spesso accade nel nostro ordinamento si moltiplica la produzione di norme, piuttosto che verificare se la legislazione esistente contenga già disposizioni che consentano di raggiungere la finalità perseguita.

Invero, l'art. 15, al comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 546/1992, richiama espressamente il comma 3 dell'art. 96 c.p.c., il quale prevede che: «quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì, condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

Si tratta di uno strumento di deflazione del contenzioso, che si differenzia dalle ipotesi di responsabilità aggravata di cui ai primi due commi dell'art. 96 c.p.c., per il fatto di poter essere attivato anche d'ufficio e quindi anche in assenza di un'esplicita richiesta di parte.

Il termine «soccombenza» utilizzato all'interno dell'articolo deve essere inteso anche come “soccombenza parziale”, il che consente di estendere la portata della norma anche alle controversie suscettibili di essere definite con la conciliazione, caratterizzate sovente da una soccombenza reciproca delle parti.

Se si intendeva incentivare il ricorso allo strumento conciliativo sarebbe stato sufficiente applicare questa norma nelle ipotesi di ingiustificato rifiuto di definizione stragiudiziale della controversia in pendenza di giudizio.

Infine, il novellando testo dell'art. 15, comma 2-*octies*, del d.lgs. n. 546/1992 fa riferimento soltanto all'ipotesi in cui la proposta conciliativa della Corte di giustizia tributaria venga rifiutata da una delle parti in causa<sup>16</sup>. La norma non chiarisce cosa succeda nel caso in cui siano entrambe le parti a non accettare tale proposta.

È un aspetto, questo, che andrà disciplinato dal legislatore, in modo da non

---

minari correlate ad un interesse protetto che rivesta il carattere della durezza», si cfr. Corte di cassazione, sez. trib., 15 novembre 2013, n. 25669.

<sup>16</sup> «Qualora una delle parti ovvero il giudice abbiano formulato una proposta conciliativa, *non accettata dall'altra parte ...*», si cfr. il comma 2-*octies* dell'art. 15 del d.lgs. n. 546/1992, nella versione modificata dall'art. 4 della l. n. 130/2022.

lasciare margini di discrezionalità all'interprete, in ragione della significativa invasività delle conseguenze che ne derivano.

Occorrerà chiarire, in particolare, se la previsione della condanna alle spese, con la maggiorazione prevista, in questo caso non trovi applicazione, o se invece, ad esempio, le spese di lite vadano ripartite tra le parti, in ragione della eventuale diversa percentuale di soccombenza nel merito, con l'incremento del 50%, per ciascuna di esse, delle spese di lite che le sono state addebitate.

### 3. «L'ingiustificato motivo» del rifiuto della proposta conciliativa

Le perplessità sopra evidenziate, con riguardo alla conciliazione su iniziativa del giudice, non possono essere superate dal fatto che la condanna alle spese di lite, maggiorate del 50%, sia prevista soltanto nel caso in cui il rifiuto sia ingiustificato.

In questi casi, invero, la valutazione del motivo è rimessa allo stesso giudice che ha avanzato la proposta e non sono esplicitati i criteri per stabilire quando un rifiuto possa considerarsi «giustificato».

La norma, infatti, non contiene una definizione di “giustificato motivo” di rifiuto della proposta conciliativa, né essa può essere rinvenuta in altre disposizioni del decreto sul contenzioso tributario o del codice di procedura civile che si occupano di conciliazione<sup>17</sup>.

Deve ritenersi che il parametro al quale dovrà ispirarsi il giudice vada rintracciato nella «misura dell'interesse a proseguire la lite», interesse da non intendere nell'accezione di cui all'art. 100 c.p.c. (interesse ad agire), ma in senso economico-patrimoniale<sup>18</sup>.

Non si potranno ritenere “giustificate” le motivazioni meramente soggettive, come la convinzione della parte circa la fondatezza delle proprie ragioni, o il suo interesse di natura morale alla pronunzia (c.d. questioni di principio). Allo stesso modo non potrà essere presa in considerazione l'eventuale impossibilità di far fronte agli oneri economici nascenti dalla conciliazione.

Se si ammettessero ragioni soggettive, come quelle sopra esemplificate,

---

<sup>17</sup> Si cfr. l'art. 185, comma 1, c.p.c. (sul tentativo di conciliazione); l'art. 232, comma 1, c.p.c. (in tema di mancata risposta della parte all'interrogatorio nel processo di cognizione); l'art. 255, comma 1, c.p.c. (sulla mancata comparizione dei testimoni); l'art. 420, comma 1, c.p.c. (in materia di mancata comparizione delle parti all'udienza fissata per la discussione della causa).

<sup>18</sup> Per alcune riflessioni, in ambito civilistico, dei criteri che deve seguire il giudice nel valutare l'ingiustificato rifiuto si cfr. D. POTETTI, *Novità della l. n. 69 del 2009 in tema di spese di causa e responsabilità aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 940; F. GARRI, *L'udienza di discussione: il ruolo del giudice conciliatore e il novum della proposta transattiva*, in *Quest. giust.*, 2010, 155. Sul tema dell'ingiustificato rifiuto della proposta di mediazione ex art. 17-bis del d.lgs. n. 546/1992, si v. C. GIOÈ, *Il reclamo e la mediazione nel diritto tributario*, Torino, 2015, 170 ss.

l'ambito di operatività della norma risulterebbe quasi del tutto inibito, poiché il rifiuto della proposta conciliativa finirebbe per risultare il più delle volte giustificabile.

Ciò che il giudice sarà chiamato a valutare al fine di escludere la condanna alle spese è, piuttosto, il risultato che la parte non conciliante ha conseguito al termine del giudizio: occorrerà stabilire quale minor vantaggio (di carattere patrimoniale) essa avrebbe ricevuto dall'accettazione della proposta, rispetto alla decisione.

A tal fine il giudice dovrà porsi al tempo nel quale è stata formulata la proposta e stabilire, sulla base delle emergenze processuali di quel momento, se la previsione della parte non conciliante sull'esito del giudizio ritenuto economicamente più vantaggioso, sia da considerarsi fondata o meno.

Alla luce di tale parametro, ad esempio, potrà ritenersi giustificato il rifiuto, di una proposta conciliativa, derivante da una previsione sull'esito del giudizio risultata erronea a seguito di mutamenti giurisprudenziali sopravvenuti, o di risultanze istruttorie emerse solo successivamente.

Si tratta di un'indagine complessa, che non deve tradursi nel sacrificio del diritto di agire o resistere in giudizio, costituzionalmente garantito, col rischio di qualificare come ingiusto il diritto all'azione.

Quel che il legislatore si propone, infatti, è soltanto di impedire l'abuso o l'uso distorto del processo.

Va considerato che la parte potrebbe avere legittimo interesse a proseguire la lite anche soltanto per ottenere la condanna alle spese di lite.

È vero che trattandosi di una controversia astrattamente suscettibile di conciliazione – almeno dal punto di vista del giudice che l'ha proposta – è verosimile che alla fine del giudizio sia dichiarata la soccombenza reciproca, con la conseguente statuizione in sentenza della compensazione delle spese di lite. È anche vero, però, che sovente la soccombenza reciproca non è ripartita in modo uguale tra le parti.

Se il contribuente, ad esempio, in base alla proposta di conciliazione dovesse risultare soccombente al 20% potrebbe avere interesse ad ottenere il rimborso delle spese legali sostenute, soprattutto se la conciliazione interviene in appello, per recuperare l'80% degli esborsi sostenuti per due gradi di giudizio.

Il rimborso delle spese di lite rappresenta garanzia di una tutela effettiva per la parte vittoriosa. Chi ritiene lesi i propri diritti deve poter agire in giudizio sapendo che, in caso di accoglimento delle sue ragioni, sarà sollevato anche dagli oneri che ha dovuto sostenere per farli valere<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> La disciplina della condanna alle spese si basa sul principio della soccombenza, che costituisce espressione del principio di causalità: chi ha dato causa alla necessità del giudizio col proprio comportamento rivelatosi poi contrario al diritto è tenuto alla rifusione delle spese anticipate da controparte.

Quando il valore della causa non è molto elevato l'incidenza delle spese del giudizio potrebbe finire per il vanificare la vittoria raggiunta in sede processuale.

#### 4. *Le controversie conciliabili su iniziativa del giudice tributario*

I dubbi sollevati con riguardo alla nuova disciplina della conciliazione su proposta del giudice non possono essere superati dalla circostanza che l'istituto sia attivabile soltanto per le liti soggette a reclamo e avuto riguardo all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione.<sup>20</sup>

È indubbio che il richiamo all'art. 17-*bis* del d.lgs. n. 546/1992, previsto all'interno dell'art. 48 *bis*.1, ponga un limite di valore alle liti conciliabili su iniziativa del giudice, restringendo il campo di operatività della norma.

Mentre le parti possono sempre proporre di conciliare le controversie di qualsiasi valore, se l'iniziativa è della Corte di giustizia tributaria la proposta potrà riguardare soltanto i giudizi il cui valore non ecceda i cinquantamila euro.

A tal riguardo valgono i criteri generali fissati dall'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 546/1992<sup>21</sup>, ai sensi del quale per determinare il valore della controversia dovrà farsi riferimento all'importo del tributo contestato, al netto degli interessi e delle eventuali sanzioni irrogate, salvo che l'impugnazione riguardi le sole sanzioni, giacché in tal caso il valore sarà costituito dall'importo richiesto a tale titolo.

Secondo la lettera dell'art. 17-*bis* il limite di valore va riferito alla «controversia» e non all'atto in sé<sup>22</sup>; con la conseguenza che esso non andrà determinato in ragione di tutte le somme richieste nel provvedimento impugnato, ma soltanto degli importi contestati dal contribuente.

Così, di fronte ad un atto impositivo che contenga imposte per un importo complessivo superiore a cinquantamila euro, il nuovo istituto troverà comunque applicazione laddove il soggetto passivo si sia opposto nel limite del valore previsto dall'art. 17 *bis*.

Ciò vale anche nel caso in cui il provvedimento contestato si riferisca a più tributi: per verificare se la controversia rientri tra quelle conciliabili su proposta del giudice, dovrà aversi riguardo soltanto al totale delle imposte che hanno formato oggetto di impugnativa.

---

<sup>20</sup> Il nuovo art. 48-*bis*.1 introdotto dalla riforma, invero, prevede che l'istituto della conciliazione possa essere attivato su proposta della Corte di giustizia tributaria «Per le controversie soggette a reclamo ai sensi dell'articolo 17-*bis* ... avuto riguardo all'oggetto del giudizio e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione».

<sup>21</sup> L'art. 12 è richiamato ai fini della determinazione del valore della controversia dall'art. 17-*bis*, comma 3, del d.lgs. n. 546/1992.

<sup>22</sup> L'art. 17-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 546/1992, dispone testualmente: «Per le controversie di valore non superiore a cinquantamila euro, il ricorso produce gli effetti del reclamo e può contenere una proposta di mediazione».

Laddove il ricorso sia stato proposto avverso una pluralità di provvedimenti, il valore della lite andrà determinato con riferimento a ciascuno di essi: ogni atto impositivo, invero, identifica un'autonoma controversia, con caratteristiche proprie e con possibile esito differente. Diversi sono i vizi che possono assumere rilevanza con riferimento a ciascun atto impugnato e le conseguenti valutazioni che il giudice potrà fare, ai fini di un'eventuale proposta conciliativa, riguardo alle eccezioni di illegittimità e infondatezza sollevate dalle parti (prescrizione, decadenza, difetto di notifica dell'atto presupposto, ecc.).

Analogamente, se oggetto di impugnazione è il rifiuto – espresso o tacito – di rimborso e con un'unica istanza sia stata chiesta la restituzione di tributi relativi a più periodi d'imposta, il valore andrà determinato con riferimento all'importo richiesto per ciascuna annualità.

Così, se soltanto uno dei periodi l'imposta impugnati rientra nel limite di valore fissato dalla norma, la proposta di conciliazione potrà presentarsi esclusivamente con riferimento ad esso.

Nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto un accertamento limitato alla rettifica di perdite, senza determinazione di un reddito, il valore della controversia dovrà quantificarsi con riguardo alla c.d. imposta "virtuale"<sup>23</sup>.

Dovranno, invece, ritenersi escluse dalle controversie conciliabili su proposta del giudice quelle che hanno ad oggetto il diniego o la revoca di agevolazioni.

Il valore della lite, infatti, in questi casi è indeterminabile e pertanto la relativa controversia non sarà soggetta a reclamo-mediazione, salvo che il relativo provvedimento non contenga anche la richiesta di una maggiore imposta non superiore a cinquantamila euro<sup>24</sup>.

Al di là della varietà delle concrete fattispecie alle quali risulterà applicabile il nuovo art. 48-*bis*.1 del d.lgs. n. 546/1992, posto che l'istituto è stato introdotto con l'evidente finalità di deflazionare il contenzioso, non si comprende perché il legislatore abbia deciso di limitarne l'applicazione alle sole controversie di valore non eccedente cinquantamila euro, tenuto conto anche del fatto che qualora la proposta provenga da una delle parti l'istituto risulta applicabile per la generalità dei giudizi.

È vero che le controversie di valore inferiore alla soglia di cinquantamila euro – considerato che l'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 546/1992 esclude dal computo sanzioni ed interessi – costituiscono la maggioranza di quelle pendenti davanti agli organi di giurisdizione tributaria, ma ciò nonostante sarebbe stato

---

<sup>23</sup> Con l'art. 4, comma 1, lett. b), della l. n. 130/2022 è stato previsto che ai fini della determinazione del valore della lite si tenga conto anche dell'imposta virtuale, calcolata a seguito delle rettifiche di perdite.

<sup>24</sup> In questo caso il valore della lite corrisponderà all'importo del tributo o maggiore tributo accertato, al netto degli interessi e sanzioni, si cfr. Agenzia delle entrate, circ. 18 dicembre 1996, n. 291/E.

sicuramente più congruo al raggiungimento dell'obiettivo di decongestionare il contenzioso tributario estenderne l'applicazione a tutte le liti fiscali, a prescindere dal valore<sup>25</sup>.

Per quanto attiene alle «questioni di facile e pronta soluzione» richiamate dall'art. 48 *bis*.1 per limitare il campo di applicazione della conciliazione su iniziativa del giudice, va osservato che tali questioni sono proprio quelle per le quali il contribuente più difficilmente sarà disposto a conciliare e a rinunciare al recupero delle spese di lite. Invero, se la controversia si considera di pronta e facile soluzione significa, verosimilmente, che riguarda un atto viziato da errori facilmente rilevabili, sui quali tuttavia l'ufficio non è intervenuto, costringendo il contribuente a procedere giudizialmente e a farsi carico dei connessi maggiori oneri (pagamento del contributo unificato e onorari per l'ulteriore attività difensiva).

La parte che arriva al giudizio per una controversia di questo tipo, in altri termini, lo fa di solito perché costretta, avendo già esperito tutti i tentativi di soluzione stragiudiziale (accertamento con adesione, istanza di annullamento in autotutela, proposta di reclamo-mediazione), per i quali avrà dovuto sopportare anche i relativi costi (l'assistenza tecnica anche in fase pre-giudiziale risulta sovente indispensabile, pur non essendo obbligatoria).

Una volta giunto al giudizio al contribuente non sarà più sufficiente vedersi riconosciuto il diritto per il quale ha impugnato l'atto, ma diventerà fondamentale ottenere anche la refusione delle spese, quanto meno di quelle processuali (le altre potrà recuperarle soltanto avviando un giudizio per il risarcimento del danno), causate dalla colpevole inerzia dell'ufficio<sup>26</sup>.

La proposta conciliativa del giudice, pertanto, in questi casi, per poter essere accettata, dovrebbe quanto meno prevedere il rimborso delle spese giudiziali affrontate fino a quel momento.

---

<sup>25</sup> Il diverso trattamento delle controversie fiscali in ragione del loro differente valore e del soggetto da cui proviene l'atto contestato ha indotto talune Commissioni tributarie – quando il limite di valore per le controversie reclamabili era di ventimila euro – a sollevare una questione di legittimità costituzionale per contrasto dell'art. 17-*bis* del d.lgs. n. 546/1992 con il principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 cost. La Corte costituzionale ha ritenuto la questione non fondata affermando che la delimitazione prevista dalla norma in esame corrispondeva all'interesse generale di deflazione del contenzioso tributario, perseguito dal legislatore. In particolare – secondo il ragionamento della Corte – atteso che le controversie inferiori a venti mila euro e relative ai tributi erariali costituiscono la maggioranza di quelle instaurate davanti alle Commissioni tributarie, la finalità deflattiva può correttamente e ragionevolmente considerarsi raggiunta, considerato che l'istituto riguarda comunque un numero consistente di liti fiscali, si cfr. Corte costituzionale, 16 aprile 2014, n. 98. In argomento si cfr. A. IORIO, L. AMBROSI, *Corte Cost., 16 aprile 2014, n. 98 – Incostituzionale solo in parte la mediazione tributaria*, in *Il fisco*, 2014, 1854.

<sup>26</sup> Non è senza rilievo ricordare che se l'ufficio avesse annullato la pretesa nei 90 giorni a sua disposizione, a seguito dell'obbligatoria attivazione della fase di reclamo-mediazione, non avrebbe dovuto neppure sostenere le spese della procedura, atteso che l'art. 17-*bis* del d.lgs. n. 546/1992 prevede la refusione delle suddette spese soltanto nel caso in cui si giunga al giudizio.

### **Abstract**

La legge di riforma del processo tributari, approvata in via definitiva il 9 agosto 2022, reca nuove disposizioni anche in tema di conciliazione giudiziale. L'attribuzione del potere di iniziativa anche alla Corte di giustizia tributaria è senz'altro da considerare positiva, rappresentando un ulteriore strumento in direzione della necessaria deflazione del contenzioso tributario. Le conseguenze previste per la parte che non accetti la proposta di conciliazione, invece, appaiono sproporzionate rispetto al fine che il legislatore intende perseguire, che è quello di sanzionare le condotte di abuso del giudizio, riducendo, sempre in un'ottica deflattiva, il ricorso allo strumento processuale.

#### About the new judge-initiated dispute resolution

The tax reform law, definitively approved on 9 August 2022, also includes new provisions on the subject of judicial dispute resolution. The attribution of the power of initiative also to the Tax Court of Justice is certainly to be considered positive, representing a further tool in the direction of the necessary deflation of the tax dispute. The consequences envisaged for the party that does not accept the dispute resolution proposal, on the other hand, appear disproportionate to the aim that the legislator intends to pursue, which is to sanction the conduct of abuse of judgment, reducing, again with a deflationary view, the appeal to the procedural instrument

# La funzione epistemica del procedimento e la garanzia di correttezza delle decisioni amministrative

di Renata Pepe

SOMMARIO: 1. Ragioni dell'indagine – 2. Provvedimento amministrativo e attività conoscitiva – 3. Cenni alle teorie della decisione amministrativa – 4. Le variabili dei processi conoscitivi – 4.1. Accertamento dei fatti come presupposto della decisione – 4.2. I concetti giuridici indeterminati – 5. I problematici equilibri tra amministrazione e giurisdizione – 6. Il diritto procedimentale amministrativo come possibile garanzia di correttezza delle decisioni.

## 1. *Ragioni dell'indagine*

Nell'introduzione alla sua opera monografica "L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione"<sup>1</sup> Franco Levi sosteneva che «[...] le norme sul procedimento si risolvono, per alcuni aspetti, in regole sull'attività conoscitiva che precede l'emanazione di un provvedimento amministrativo [...] al punto che, [...], una teoria del procedimento non è compiuta se non si accompagna e si integra con un'analisi dell'attività conoscitiva che ne costituisce in parte il substrato»<sup>2</sup>.

L'indagine di Levi aveva ad oggetto un argomento innovativo per l'epoca, posto che la sua elaborazione a ben ventitré anni prima della promulgazione della legge sul procedimento amministrativo poneva in risalto il ruolo della conoscenza pubblica all'interno del procedimento intuendone le relative implicazioni che ancora oggi continuano a manifestarsi sul piano giuridico.

Ed invero, all'originaria funzione di strumento per disciplinare la "comprensione degli interessi"<sup>3</sup>, sulla quale si è sviluppata la teoria del procedimento nella seconda metà del secolo scorso, sono andate sovrapponendosi ulteriori e differenti funzioni<sup>4</sup> rispetto alle quali un ruolo determinante ha sicuramente svolto la

---

<sup>1</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967. In riferimento all'attività conoscitiva dell'amministrazione si vedano altresì S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961; ID, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 77.

<sup>2</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 8.

<sup>3</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, vol. II, 155.

<sup>4</sup> L'evoluzione del pensiero sulla teoria del procedimento amministrativo ha visto avvicinarsi varie concezioni ognuna delle quali ha assunto un significato evolutivo. Dalla prima organica rappresentazione tesa a far emergere analiticamente le "fasi" attraverso cui si svolge la dinamica della funzione (A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940), alla successiva ricerca dei nessi tra la forma di manifestazione della funzione e il potere che ad essa dà vita (F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss.). Dagli sviluppi sul piano della ricostruzione dei profili procedurali (G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, 1964) e dei momenti di imputazione "organizzativa" delle attività (G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968), all'analisi dei contenuti conoscitivi dell'attività (F.

codificazione dei principi del procedimento amministrativo operata dalla legge n.241/90 e la maturazione del diritto amministrativo ultrastatale.

La richiamata normativa ebbe sin dall'inizio l'ambizione di porsi come strumento per l'affermazione di una nuova ed originale concezione delle relazioni tra P.A. e amministrati in cui centrale diveniva il "farsi" del provvedimento amministrativo. Ciò corrispondeva al pensiero del padre di quella legge, che muovendo dall'osservazione della penetrazione tra procedimento e processo nella prospettiva della tutela dei cittadini, aveva ritenuto che la nuova normativa dovesse spostare l'attenzione dal provvedimento amministrativo<sup>5</sup> in sé considerato alla sua fase preparatoria e istruttoria, in modo da consentire che su di essa potesse svolgersi più efficacemente anche il successivo sindacato giudiziale<sup>6</sup>.

È così che al procedimento si è attribuita, tra le altre<sup>7</sup>, la funzione di garanti-

---

LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit.). E ancora dal graduale collegamento degli istituti che ritraggono giuridicamente il processo decisionale amministrativo – la discrezionalità e il procedimento – (A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 65) – a quelli che ne consentono la verificabilità – procedimento e processo – colti in una prospettiva di complementarietà e di integrazione (M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. Proc.*, 1980, 252).

<sup>5</sup> F. CAMMEO, nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, II, 1079, III, 1234, fa emergere, per la prima volta, la nozione di procedimento come concatenazione di atti o fatti legati da un ordine logico. Secondo l'Autore, che prende come modello il processo civile, la serie ordinata di atti sarebbe necessaria per assicurare validità al provvedimento finale arrivando così ad affermare che il processo di formazione della volontà non è confinato negli atti interni, non rilevanti per il diritto: è infatti lo stesso diritto positivo che prevede atti e operazioni sicché le norme che regolano tali atti costituiscono requisiti per la conformità a diritto del provvedimento finale.

<sup>6</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* cit., 261-262; «non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto (nuovo) assetto di tali interessi».

<sup>7</sup> Le prime forme di elaborazione del procedimento amministrativo che hanno sviluppato la teoria del procedimento come presupposto dell'atto risalgono a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, I, 1960 (ma 1914), 543 ss.; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico* I, Roma, 1937, 451 ss.; G. MIELE, *Alcune osservazioni in tema di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, 375 ss.; G. CONSO, *Il concetto di fatto giuridico e fatti giuridici processuali penali*, in *Studi urbinati*, 1954, 249 ss.; Su tali teorie si fonda quella elaborata da A. M. SANDULLI che per la prima volta individua il legame intercorrente fra le varie fasi dell'iter procedimentale collegandole in un rapporto di condizionalità e/o esistenza. Dell'Autore si veda in proposito *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 17 ss.; ID *Il procedimento amministrativo*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, 1968, 1021 ss..

re<sup>8</sup> la tracciabilità delle decisioni assunte<sup>9</sup>. Tale garanzia, consacrata nel principio di trasparenza dell'azione amministrativa, costituisce il presupposto essenziale per svolgere il controllo sull'esercizio dell'attività amministrativa e per verificare la sua conformità ai principi e alle norme che lo regolano tant'è che si è ritenuto<sup>10</sup> come, analogamente a quanto accade nel processo, attraverso i doveri di accertamento istruttorio e di motivazione nonché di garanzia del contraddittorio, il procedimento assolva alla funzione di esternare il processo interpretativo delle norme da applicare<sup>11</sup>.

In tale quadro, si è per l'appunto consolidata la funzione conoscitiva del procedimento: il procedimento consente invero di acclarare la situazione di fatto esistente per consentire all'amministrazione di provvedere con piena consapevolezza della realtà sulla quale la sua determinazione andrà ad incidere<sup>12</sup> nonché di inquadrare e di interpretare la disciplina giuridica da applicare al caso concreto. Tale funzione va sempre letta in un'ottica strumentale e funzionale all'esercizio del potere decisionario<sup>13</sup>.

Anche nell'esercizio specifico della funzione conoscitiva si è posto in evidenza il ruolo di garanzia svolto dal procedimento orientato, a differenza del processo, «non già a garantire una migliore difesa, ma una migliore decisione»<sup>14</sup>.

E proprio dalla identificazione e dalla valenza che il significato di “migliore decisione” assume nei processi decisionali di amministrazione attiva si è tratto lo spunto per questo breve contributo il cui obiettivo è di verificare se le modalità attraverso le quali essa trae le conoscenze per addivenire ad una decisione, ovve-

<sup>8</sup> Sulla polifunzionalità del procedimento amministrativo si veda C. GUACCI, *Il procedimento amministrativo. Nozioni e caratteri generali*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, Torino, 2017, 148; F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 171.

<sup>9</sup> A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2011, 210.

<sup>10</sup> M. NIGRO, il quale nel suo contributo *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, cit., 252, sviluppa la concezione cd. paragiurisdizionale del procedimento.

<sup>11</sup> Si osserva come la differenza tra procedimento e processo vada individuata nella circostanza che, mentre nel processo il giudice manifesta i criteri interpretativi della norma in sentenza, nel procedimento invece l'individuazione delle norme e la loro interpretazione viene già manifestata nel corso dello stesso. In proposito C. GUACCI, *Il procedimento amministrativo. Nozione e caratteri generali*, cit., 149.

<sup>12</sup> R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, 1996, 577; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 183.

<sup>13</sup> Sostiene invece la necessità di distinguere tale funzione rispetto al procedimento in sé considerato F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 8 ss.

<sup>14</sup> Per S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 226, il procedimento serve per decidere meglio piuttosto che difendersi meglio. Sull'argomento si veda anche F. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*. Milano, 2011, 149 ss.

ro il potere discrezionale da questa esercitato nel corso dell'attività conoscitiva, sia in grado di raggiungere livelli ottimali di garanzia per una *corretta decisione*.

Il tema è inevitabilmente connesso a quello della discrezionalità amministrativa, il cui corretto esercizio, secondo canoni di ragionevolezza, viene verificato di volta in volta dal giudice amministrativo.

Tuttavia la ben nota crisi del principio di legalità, dovuta alle profonde revisioni cui l'amministrazione è stata sottoposta nel corso degli anni, ha sollevato non poche criticità in ordine al margine di valutazione, in sede di sindacato, del corretto esercizio della funzione discrezionale<sup>15</sup>.

È noto come nel nostro ordinamento prevalga l'orientamento volto a riconoscere all'amministrazione – anziché al giudice amministrativo – una funzione sostitutiva a quella omessa dal legislatore, sul cui esercizio il giudice amministrativo stesso non deve interferire, se non negli angusti limiti della sintomatologia del vizio di eccesso di potere o in quelli meno angusti del sindacato di proporzionalità<sup>16</sup>.

Un ruolo determinante potrebbe assumere, come qualcuno ha già evidenziato, la centralità teorica del procedimento amministrativo, come fenomeno concettualmente e giuridicamente autonomo, dal diritto sostanziale. Infatti, incentrare lo studio del diritto amministrativo sul procedimento – anziché sulla pretesa del privato nei confronti dell'amministrazione, secondo la visione che sembra oggi in via di affermazione – sembra offrire un punto d'osservazione nuovo e fecondo di conseguenze disciplinari<sup>17</sup>.

## 2. *Provvedimento amministrativo e attività conoscitiva*

Il provvedimento amministrativo è preceduto necessariamente da un'attività conoscitiva rispetto alla quale un ruolo determinante è per l'appunto svolto dal procedimento amministrativo le cui norme si risolvono, per aspetti significativi, in regole sull'attività conoscitiva<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Per un approfondito studio sull'argomento si rinvia a S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 98 ss.; ID. *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, *cit.*, 119 ss.; E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir e proc. Amm.*, 3/14, 759 ss.

<sup>16</sup> Diffusamente S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2014, 23 ss. Dello stesso Autore si veda anche *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, *cit.*, 127.

<sup>17</sup> In termini L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1, 2005, 87.

<sup>18</sup> E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, *cit.*, 149.

Gli studi sul procedimento amministrativo, susseguitisi alla sistemazione gianniniana che lo aveva individuato come sede di ponderazione comparativa degli interessi, si sono sostanzialmente risolti nell'analisi del processo decisionale che in esso si realizza<sup>19</sup>.

In tale ottica si è giunti definitivamente a riconoscere che l'*iter* procedimentale, quale sede in cui si realizza l'adozione della decisione, costituisce un momento logicamente e giuridicamente separato rispetto al provvedimento<sup>20</sup> e conseguentemente che l'istruttoria<sup>21</sup>, dalle cui risultanze discende l'atto finale, rappresenta il momento decisivo dell'attività complessivamente intesa.

In sede teorica, il contenuto del provvedimento amministrativo viene, quindi, identificato nella determinazione precettiva che delinea il mutamento giuridico destinato ad essere prodotto nella sfera giuridica del destinatario<sup>22</sup>.

Le scelte discrezionali atterrebbero, conseguentemente, al momento decisionale e non anche al provvedimento il quale «è come tale sempre uguale a sé stesso tanto nel caso che sia preceduto dalla decisione, tanto nel caso che sia direttamente applicativo della legge o di altri atti normativi»<sup>23</sup>, ciò comportando tra l'altro, sul piano positivo, una sostanziale omogeneità di disciplina dell'atto amministrativo vincolato e di quello discrezionale<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> A. ZITO, *Profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 160.

<sup>20</sup> Sulla distinzione fra processo decisionale e provvedimento F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 38; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, vol. II, Rimini, 1987, 784 ss., 792 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 104.

<sup>21</sup> In tema di istruttoria del procedimento amministrativo si veda E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno di Messina-Taormina 25-26 febbraio, AA. VV., Milano, 1988, 15 ss.; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 121 ss.; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, cit., 221; A. MEALE, *L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, cit., 161.

<sup>22</sup> Sull'argomento si veda diffusamente S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 77 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 547, 605 ss.

<sup>23</sup> Così F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 38.

<sup>24</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 35, il quale richiama la distinzione, in passato operata da A. M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 98, tra potere determinante e potere costitutivo, inteso, il primo, come "potere di determinare in modo immodificabile il contenuto del provvedimento destinato ad operare nel mondo esterno", il secondo, nel "potere di tradurre la determinazione nel provvedimento costitutivo" vale a dire il potere di costituire l'effetto. Da ciò l'Autore fa conseguire che gli atti espressione dell'esercizio di attività vincolata, al pari di

In dottrina è ormai da tempo diffusa e accolta l'opinione secondo cui rarissimi sarebbero i casi in cui rinvenire un esercizio della funzione amministrativa priva di qualsiasi discrezionalità. Se fosse altrimenti il ruolo dell'amministrazione finirebbe col ridursi a mero tramite tra la legge e i suoi destinatari così abdicando alla sua autonomia<sup>25</sup>.

Si è in proposito osservato come «l'automatismo applicativo della disciplina legislativa agli amministrati farebbe venir meno la funzione amministrativa intesa in termini creativi come produzione del diritto»<sup>26</sup>.

Quel che rileva è pertanto la decisione dell'Amministrazione di adottare un atto costitutivo di effetti, e ciò a prescindere dalla modalità di formazione del suo contenuto<sup>27</sup>.

Muovendo dall'assunto che «gli interessi non sono costituiti attraverso l'indicazione normativa, ma scaturiscono dai fatti e risultano conformati all'apporto creativo del soggetto responsabile, che li modella sull'impronta della situazione ed in conformità ai valori incorporati nell'ordinamento»<sup>28</sup> la decisione risulta essere, essenzialmente, «scelta tra le diverse alternative che, sulla base dell'indagine compiuta, rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo»<sup>29</sup>. In conseguenza di ciò parte della dottrina, sul presupposto della distinzione tra l'agire per la decisione e l'agire per la produzione dell'effetto giuridico, giunge ad affermare la coincidenza tra la fase procedimentale in senso stretto e l'istruttoria considerando quest'ultima non come qualcosa di distinto dalla decisione ma come «la stessa decisione nel suo farsi dinamico»<sup>30</sup>.

L'autorità, pertanto, nell'esaurire la propria attività di scelta, al termine dell'*iter* di valutazione della necessità (discrezionale) della propria azione detta a se medesima e formula una prescrizione, in egual modo vincolante per l'amministrato e l'amministrazione.

Tale processo decisionale consiste in un'attività di conoscenza composta anche da profili creativi dal momento che, con la propria valutazione, «l'amministrazione pone qualcosa che prima non esisteva, attingendo il valore della soluzione in maniera autonoma dall'ordinamento»<sup>31</sup>.

---

quelli discrezionali, si pongono come atti costitutivi di effetti indipendentemente dal fatto che il contenuto sia stato in precedenza determinato dall'Amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale o direttamente dalla legge.

<sup>25</sup> È di questo avviso S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 267 ss.

<sup>26</sup> Così S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAIITA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, cit., 119.

<sup>27</sup> S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 124.

<sup>28</sup> F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, AA. VV., Rimini, 1987, 243.

<sup>29</sup> F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 243.

<sup>30</sup> Così A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 133.

<sup>31</sup> L'affermazione è tratta da A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 85.

Quanto a quest'ultimo aspetto è stato difatti posto in luce come la fattispecie legale del caso concreto non sia, nella gran parte dei casi, preesistente all'indagine giuridica sul fatto della vita, quanto, piuttosto, rinvenga da un procedimento che è, insieme, di accertamento delle circostanze e di individuazione della fattispecie legale che vi si applica, di guisa che quest'ultima, in quanto necessariamente combinazione di principi generali, di norme procedurali e di disposizioni puntuali, non sarà rintracciabile in un unico precetto normativo (con forme di applicazione on/off). Tutto ciò a riprova della circostanza che l'amministrazione, nella sua attività procedimentale, presupposta all'adozione del provvedimento, costruisce, nel dialogo paritario con gli interessati, la fattispecie legale piuttosto che trovarla già esistente e pronta da applicare al caso concreto<sup>32</sup>.

La necessità di un apporto creativo dell'autorità nella disciplina del caso concreto veniva anche evidenziata da Crisafulli il quale al riguardo scriveva che «la vera garanzia dei diritti non si esaurisce nel principio di legalità della pubblica amministrazione[...], ma richiede che per di più tra la legge e l'atto applicativo, tra norma e provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge»<sup>33</sup>, del resto, come è stato osservato, qualora l'attività della pubblica amministrazione risultasse del tutto vincolata dalla legge si esulerebbe dal diritto amministrativo poiché verrebbe meno al soggetto agente ogni capacità di offrire un seppur minimo apporto giuridico in termini di esercizio del potere<sup>34</sup>.

La riflessione che consegue da tale affermazione non può che essere una e cioè l'esigenza che nell'ambito dello “stacco” tra norma e provvedimento l'esercizio della funzione si avvicini a livelli ottimali di correttezza.

Su tali livelli ottimali concorrono una serie di fattori esterni si pensi alla legislazione sostanziale, alle norme di organizzazione e per tutti alla disciplina del procedimento.

In relazione a quest'ultima lo strumento istruttorio si rivela sicuramente

<sup>32</sup> L. PERFETTI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, 280 ss.

<sup>33</sup> V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 135.

<sup>34</sup> Si esprime in questi termini S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, *cit.*, 119; analoghe riflessioni vengono formulate dal medesimo Autore in *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; (con E. CARDI) *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I agg., 2012; *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss; *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2-3/2013.

indispensabile. Nel corso di questo, infatti, l'attività conoscitiva definisce la situazione specifica da trasporre nel provvedimento materializzando in tal modo l'interesse pubblico da realizzare<sup>35</sup>.

Lo strumento istruttorio si rivela indispensabile non solo ai fini dell'accertamento dei fatti e degli interessi in evidenza, ma anche a garanzia della partecipazione degli interessati<sup>36</sup>. In questo modo il soggetto pubblico acquisisce la piena conoscenza, con il confronto delle posizioni e l'acquisizione della documentazione, dell'effettiva consistenza dei bisogni e delle aspettative dei cittadini, svolgendo di talchè la sua azione, alla stregua dei canoni costituzionali del buon andamento e dell'efficienza, in modo logico e ragionevole, soprattutto, risolvendo le varie problematiche, proprie, del particolare ordinamento di competenza<sup>37</sup>.

### 3. *Cenni alle teorie della decisione amministrativa*

L'evoluzione della teoria funzionale, che individua nel procedimento il luogo del "divenire" del potere amministrativo, e dunque del "farsi" della decisione, ha inevitabilmente spinto le scienze giuridiche a confrontarsi con le teorie che hanno ad oggetto lo studio dei processi decisionali.

Tali studi, inizialmente approfonditi in campo economico e statistico, che da tempo hanno colto la centralità del momento decisionale e dei processi che lo precedono, rappresentano, come recentemente osservato<sup>38</sup>, un presupposto prezioso per l'esame delle problematiche legate all'adozione della decisione amministrativa.

Più specificatamente, per la funzione di garanzia a cui è improntato, il procedimento amministrativo, a seguito del contemperamento dei differenti interessi coinvolti alla luce dell'interesse pubblico, dovrebbe divenire il luogo deputato alla maturazione della scelta "migliore"<sup>39</sup> o "preferibile" e dunque "corretta" fra le diverse possibili soluzioni.

<sup>35</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss..

<sup>36</sup> Sulla centralità dell'istruttoria, con particolare riferimento alla fase della partecipazione, nella quale si svolge l'identificazione, la valutazione, la comparazione degli interessi e la definizione dell'interesse pubblico, si veda M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)* in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 18. Si veda inoltre R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 195 ss. nonché M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996, 90 ss..

<sup>37</sup> A. MEALE, *L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento*, cit., 161 ss.. Si veda ancora E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1990, 108.

<sup>38</sup> L. LAMBERTI, *Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative*, in *Amministrazione in Cammino*, 2012, 1 ss..

<sup>39</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 226 ss..

Il significato di “migliore decisione” viene mutuato dalla teoria della decisione razionale, che identifica nella decisione la scelta della soluzione migliore ed anche più vantaggiosa dal punto di vista economico<sup>40</sup>.

Essa muove dalla individuazione di premesse assunte come valide e dalle quali si parte per addivenire alla decisione. Sulla scorta di tali premesse si presume conseguentemente che il decisore, in possesso di tutte le informazioni relative al problema da risolvere, sia in grado di formulare le possibili alternative e di valutare comparativamente le conseguenze che da tali alternative possano derivare in modo da poter addivenire alla soluzione migliore.

La teoria della decisione razionale, stante l'impossibilità di una sua applicazione nelle circostanze reali caratterizzate da ristrettezze di tempi, risorse, informazioni e anche capacità predittiva, (infallibilità ed onniscienza del decisore), è stata oggetto di numerose critiche.

In seno a queste è maturata la teoria della “razionalità vincolata” elaborata da Herbert A. Simon<sup>41</sup> il quale, muovendo dal presupposto dell'impossibilità di estendere alle teorie che si occupano dei processi comportamentali amministrativi i principi che governano le attività economiche – ispirate ad una perfetta razionalità delle decisioni – delinea un concetto di razionalità limitata secondo la quale ciò a cui l'uomo può aspirare è un livello tollerabile di soddisfazione di tale esigenza di razionalità piuttosto che uno ottimale.

A tale modello è stato opposto quello incrementale o “razionale – comprensivo” sorto in seno alle teorie sociologiche.

Il modello incrementale descrive il processo decisionale come un sistema politico, un'arena all'interno della quale si realizza l'incontro e lo scontro ma anche la negoziazione di tutti gli interessi in gioco<sup>42</sup>. In particolare si parte dalla considerazione che le amministrazioni pubbliche decidono in base ad adattamenti marginali delle politiche pubbliche a partire dallo *status quo*. Tale modello, che individua nella contrattazione il motore delle scelte, si caratterizza per la mancanza della predeterminazione di valori e parametri di giudizio.

Si è osservato che mentre il primo approccio ha un intento prevalentemente normativo, il secondo sembra limitarsi alla rilevazione fenomenologica.

---

<sup>40</sup> Il modello al quale questa teoria si ispira è quello dell'*homo economicus* che tende a massimizzare la propria funzione di utilità.

<sup>41</sup> H. A. SIMON, *Administrative behaviour*, New York, 1947 (*Il comportamento amministrativo*, trad. it a cura di S. CIMMINO, Bologna 1967).

<sup>42</sup> Si veda F. RANIOLO, *La prospettiva della “policy analysis”: il ciclo di vita delle politiche*, in *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, a cura di R. D'AMICO, Milano, 2004, 406 ss., il quale ricorda che «le decisioni politiche non possono essere prese al riparo dall'influenza delle dimensioni politiche dell'agire (...). Del resto basta un minimo di esperienza e di conoscenza dei processi politico-amministrativi per aderire a questa immagine conflittualistica delle decisioni. Quando le decisioni devono essere prese in condizioni di interdipendenza strategica sia il modello di razionalità sinottica sia quello di razionalità limitata perdono di attrattiva. Per contro si può far riferimento al modello cosiddetto incrementale legato al nome dell'economista e politologo americano Charles Lindblom».

Rispetto a tale ultima impostazione parte della dottrina non ha mancato di manifestare un certo scetticismo laddove pur riconoscendo che «questo approccio ha avuto il merito di mettere in evidenza il carattere aleatorio e non programmato di molte decisioni » rileva, tuttavia, che «non per questo, però, sembra giustificare il fatto di avere enfatizzato forse eccessivamente il ruolo della casualità nella produzione delle politiche pubbliche[.....]d'altra parte, si può cercare di tenere sotto controllo l'ambiguità e la incertezza dei processi decisionali enfatizzando il ruolo delle istituzioni , che fissando ruoli e routine organizzative finiscono per tenere sotto controllo la casualità e l'imprevedibilità dei processi decisionali»<sup>43</sup>

Sulla scorta di tale orientamento, le modalità di svolgimento del processo decisionale, in relazione alla decisione amministrativa, dovrebbero essere rette da regole e canoni ben definiti proprio al fine di garantire il rispetto di quei parametri di legalità e di razionalità che l'amministrazione deve osservare nel compiere la selezione dell'alternativa preferibile.

Ciò risulta necessario non solo perché il rispetto delle norme che disciplinano tale procedimento garantisce il raggiungimento, da parte del decisore, della scelta migliore, ma anche perché, in considerazione dell'impossibilità, per la legge, di disciplinare compiutamente l'agire amministrativo, nello svolgersi della dinamica decisionale si realizza quella specificazione e progressiva definizione dell'interesse pubblico che è connaturata al concreto esercizio del potere.

Non manca però chi<sup>44</sup>, anche nelle teorie incrementalistiche riconosce un intento normativo e cioè quello di raccomandare un metodo fondato su un'azione di successive limitate comparazioni che sembra in parte rinvenirsi in quella discrezionalità amministrativa che Giannini descrive come ponderazione tra interesse primario e interessi secondari<sup>45</sup>.

Le indagini sulla bounded rationality, sorte sul terreno della teoria amministrativa, sembrano tuttavia rappresentare ancora oggi i presupposti da considerare in relazione allo studio della decisione della pubblica amministrazione<sup>46</sup>.

Queste brevissime premesse che non hanno assolutamente la pretesa di coprire l'intera tematica trattata consentono però di evidenziare, come l'analisi della qualità della decisione discrezionale, osservata nell'ottica delle modalità con cui le amministrazioni applicano o dovrebbero applicare il principio di ragionevolezza, e non sul versante del controllo giudiziale<sup>47</sup>, non può prescindere da una

<sup>43</sup> Così F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis"*, cit., 417.

<sup>44</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Ragionevolezza*, in *"Diritto on line"* Treccani, 2017.

<sup>45</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; ID. *Diritto amministrativo*, cit., 156.

<sup>46</sup> L. LAMBERTI, *Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative*, cit., 8.

<sup>47</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, n.2/19 ,319, chiarisce come «La ragionevolezza, considerata dal punto di vista di chi agisce, non coincide con la

appropriata regolamentazione procedimentale in particolare dell'istruttoria che nel suo ambito si svolge<sup>48</sup>.

La dimostrazione di ciò si riscontra nella circostanza che il procedimento è divenuto, soprattutto in determinati settori, un percorso amministrativo *ad ostacoli*<sup>49</sup> ed invero nell'ambito di quest'ultimo concorrono in misura variabile al formarsi della determinazione, fattori della più diversa natura che vanno dagli atti di indirizzo alla compresenza di interessi pubblici spesso confliggenti, dall'acquisizione – più o meno selettiva, o «orientata»<sup>50</sup> – di elementi di fatto e di interessi alle analisi e valutazioni tecniche (che anch'esse possono essere impostate e sviluppate in modo diverso), e non da ultimo la cultura delle amministrazioni e il loro atteggiamento<sup>51</sup>.

A ciò si aggiunge che la stessa “guida” del percorso procedimentale è condizionata dal concorso di fattori eterogenei tra i quali vi è anche il potere del decisore al quale spesso si affiancano livelli e poteri diversi di codecisione<sup>52</sup>.

#### 4. *Le variabili dei processi conoscitivi*

Per la scienza amministrativa la “migliore” decisione si fa coincidere con quella più adeguata e consapevole ovvero quella “più ragionevole” in virtù del principio di ragionevolezza che rappresenta un imprescindibile canone per il corretto esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione<sup>53</sup>.

---

*ragionevolezza considerata dal punto di vista di chi giudica la condotta altrui. Chi agisce individua lo scopo dell'azione e i mezzi che considera adeguati allo scopo, impiegando gli strumenti conoscitivi dei quali dispone. Il risultato – attuale o prevedibile – dell'azione decisa potrà apparire più o meno ragionevole in un giudizio ex post, e in questo giudizio chi verifica la ragionevolezza della decisione altrui non si interroga su quale sarebbe stata la soluzione ottima del problema pratico, e si chiede piuttosto se la soluzione che è stata adottata fosse giustificata, alla luce dei fatti rilevanti*. In questo senso anche diffusamente S. COGNETTI, *Legge amministrazione e giudice, cit.*, 118.

<sup>48</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Ragionevolezza, cit.*

<sup>49</sup> S. AMOROSINO, *Procedimenti e decisioni amministrative in materia di attività economiche*, in P.A. *Persona e Amministrazione*, n.1/2018, 11.

<sup>50</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 228. Per la dottrina tedesca si veda E. GURLIT, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* n.70/2011, 238 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, a cura di W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN, A. VOSSKUHLE, München, 2012, 490 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts*, in *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, a cura di P. LERCHE, W. SCHMITT GLAESER, E. SCHMIDT-ASSMANN, Heidelberg, 1984, 2 ss..

<sup>51</sup> Diffusamente S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014.

<sup>52</sup> M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 459 ss.; R. URSI, *Il responsabile del procedimento “rivisitato”*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 2/2021, 5 ss..

<sup>53</sup> F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA F. SAITTA, Milano, 2012, 372. Quando elabora il concetto di vizio della funzione criticando la costruzione delle figure di eccesso di potere come sintomi della deviazione dal fine legale, Ben-

Tale principio, a partire dagli approfondimenti di Feliciano Benvenuti<sup>54</sup>, viene qualificato in termini di regola sulla normazione del caso concreto, la cui esistenza deriva dal fatto stesso che vi è un ordinamento giuridico. Essa costituisce pertanto un elemento fondamentale del processo decisorio della pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale<sup>55</sup> laddove a fronte di una definizione normativa – generica – dell'interesse pubblico primario, corrisponde la necessaria “delega” all'Amministrazione di concretizzare la fattispecie astrattizzata nella norma.

Il rilievo per cui in sede decisionale si opera la sintesi in cui si esprime la discrezionalità non è di poco momento atteso che la decisione scaturisce da un farsi progressivo che passa attraverso i vari momenti dell'istruttoria o meglio attraverso la guida dell'istruttoria.

La ragionevolezza segna in definitiva la correttezza e l'adeguatezza della funzione<sup>56</sup>, rappresentando il criterio che consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra la stessa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose e dunque la logicità e la coerenza del processo decisionale<sup>57</sup>.

---

venuti presenta la ragionevolezza come principio regolatore della funzione amministrativa, la cui violazione è motivo di illegittimità F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1950, I, 1 ss.. Per la nozione di eccesso di potere negli sviluppi giurisprudenziali e dottrinali si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 487 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 406 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962, 291 ss.; P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, 126.

<sup>54</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 23, il quale afferma la natura normativa della ragionevolezza per giustificare l'attrazione nell'ambito del controllo di legittimità del sindacato di ragionevolezza e di giustizia sostanziale.

<sup>55</sup> F. ASTONE, *Ragionevolezza delle scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI, Torino, 2017, 223.

<sup>56</sup> Sostiene che gran parte delle manifestazioni di eccesso di potere hanno la loro matrice nel principio di ragionevolezza F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 213. L'Autore osserva che il principio di ragionevolezza caratterizza non tanto l'azione della p.a., quanto il sindacato del Consiglio di Stato sugli atti amministrativi: ma per tale via si è trasformato in una guida per l'attività amministrativa; in altre parole attraverso il consolidarsi e lo stratificarsi dei vari sintomi di eccesso di potere, sussunti sotto il principio di ragionevolezza, si dice all'Amministrazione cosa non può fare e di converso cosa deve fare. Nel senso che il principio di ragionevolezza costituisce l'angolo di visuale più comprensivo dal quale poter valutare tutte le numerose ipotesi che si riconducono all'eccesso di potere, e che dunque la ragionevolezza dell'azione amministrativa, così giuridicamente condizionata rispetto al fine, costituisce la regola di fondo dell'attività amministrativa; sul principio di ragionevolezza si veda anche il contributo monografico di M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 259 ss..

<sup>57</sup> Sul punto vale la pena richiamare quanto osservato da G. PASTORI, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, a cura di G. PASTORI, Vicenza, 1964, 34 ss., laddove evidenzia l'insufficienza della legge a soddisfare, con la semplice delimitazione preventiva dei poteri e dei diritti, l'esigenza di una trasformazione del potere in atto amministrativo in maniera equa e completa.

Spostando ora l'attenzione sul piano della conoscenza, ossia dell'attività conoscitiva, la più recente dottrina identifica la decisione "migliore", e dunque "ragionevole", in quella pronunciata all'esito di un'attività procedimentale volta all'accertamento della verità<sup>58</sup> in cui il principio di completezza dell'acquisizione conoscitiva risulta particolarmente radicalizzato.

Si ritiene che l'accertamento della verità costituisca presupposto indefettibile per una decisione più adeguata e consapevole<sup>59</sup>.

Partendo dal presupposto che sulla base del principio inquisitorio<sup>60</sup>, l'amministrazione non può essere relegata, nella dinamica conoscitiva, a svolgere un ruolo neutrale circoscritto alla mera applicazione della legge ai fatti presentati dai partecipanti al procedimento, si sostiene che ad essa spetti il compito di ricercare la verità in funzione della quale è tenuta a sviluppare tutta l'attività istruttoria (e, in senso lato "probatoria"<sup>61</sup>) che ritiene necessaria per la definizione, la conoscenza e la comprensione dei dati in base ai quali sarà assunta la decisione<sup>62</sup>.

Detentore del ruolo di "investigatore amministrativo"<sup>63</sup> sarebbe il responsabile del procedimento al quale la legge affida i compiti di valutare i presupposti rilevanti, accertare d'ufficio i fatti "disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari" e di adottare "ogni misura per l'adeguato" (ma sollecito) svolgimento dell'istruttoria.

A tale orientamento si contrappone l'indirizzo fondato sulla concezione del fatto come entità indeterminata e indeterminabile al di fuori del processo di attuazione della norma attributiva del potere<sup>64</sup>. In proposito, si sostiene che l'adeguatezza dell'attività istruttoria, rispetto alla situazione reale su cui il provve-

<sup>58</sup> E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 151. L'Autore accosta in maniera significativa il procedimento al processo sia pure scorgendovi alcune differenze: tra queste senz'altro la diversità dello scopo essendo il primo orientato a garantire una migliore decisione mentre il secondo una migliore difesa. Sul punto si richiama U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti amministrativi e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 1 ss..

<sup>59</sup> E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 151

<sup>60</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, vol. II, Bologna, 1998, 1256; G. PASTORI, *Principi costituzionali sull'amministrazione e principio inquisitorio nel procedimento*, in *Informazione e funzione amministrativa nella dinamica partecipativa procedimentale*, a cura di M. CAMMELLI, M.P. GUERRA, Rimini, 1996, 19 ss..

<sup>61</sup> Sul punto, cfr. criticamente M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 170-171, che esclude il rilievo probatorio dell'istruttoria e considera erronea, per quanto diffusa, l'idea di "prove" acquisite nella dinamica procedimentale: lo stesso autore, peraltro, successivamente, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 277, individua nei procedimenti una parte di attività volta alla "acquisizione di elementi probatori", ma questa "indirizzata agli interessi".

<sup>62</sup> E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit. 155.

<sup>63</sup> Sul principio di administrative investigation si veda W. KLUTH, J. NUCKLELT, *Implications of the Law on Administrative Procedure for Generating Knowledge in Public Administration*, in *Transforming administrative procedures*, a cura di J. BARNES, Siviglia, 2015, 391.

<sup>64</sup> Si veda E. CARDI, *La manifestazione di interessi*, I, cit., 16, 27 ; in tal senso anche E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2003, 385.

dimento andrà ad incidere, debba rapportarsi ad un criterio integralmente “qualitativo”, consistente nella rilevanza della manifestazione di parte da acquisire.

La *ratio* ispiratrice di tale punto di vista riflette la necessità, vieppiù avvertita dalla dottrina e dalla legislazione moderna, di cogliere e valorizzare, in seno al procedimento amministrativo, la spinta impressa dal dettato costituzionale verso l’allineamento, accanto al principio di imparzialità, del valore del buon andamento quale canone integrativo del parametro di legalità dell’azione amministrativa, di modo che il giudizio di legittimità del provvedimento finale non consti più soltanto di un rigido verdetto di corrispondenza tra norma ed atto, ma anche di un flessibile e ragionevole apprezzamento di idoneità alla produzione di un risultato efficiente, tempestivo ed economicamente controllato<sup>65</sup>.

In conclusione, gli studi che si sono occupati del fenomeno conosciuto ne hanno evidenziato l’articolata complessità dal momento che questo investe una serie di problematiche, tutt’altro che risolte, che spaziano dalle modalità di accertamento dei fatti su cui sarà basata la decisione fino alla precisazione nel caso concreto di concetti giuridici indeterminati<sup>66</sup>.

Le implicazioni che ne seguono assumono portata dirimente ai fini della presente indagine.

#### 4.1. *L’accertamento dei fatti come presupposto della decisione*

La centralità e la necessità dell’istruttoria<sup>67</sup> nello svolgimento dell’attività procedimentale si desume dall’art. 3 della legge sul procedimento la quale, nel positivizzare il dovere di motivazione dei provvedimenti amministrativi, stabilisce che «la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione in relazione alle risultanze dell’istruttoria».

La norma in questione instaura un rapporto fra il procedimento e il suo esito e, in particolare, sancisce che l’esito del procedimento è condizionato da tutto quanto in esso avvenga.

L’istruttoria è quindi tesa ad assicurare la raccolta di dati ed informazioni, la verifica dei fatti introdotti nel procedimento, l’identificazione di fatti ulteriori, la loro elaborazione ma anche l’inquadramento della corrispondenza tra la realtà e la previsione normativa<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Così R. LASCENA, *La giustizia amministrativa al 1996*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, 109-110; si veda anche F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell’invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 277 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), III, Padova, 1993, 327 ss..

<sup>66</sup> E. CARDI, *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, cit., *passim*.

<sup>67</sup> La centralità e la necessità dell’istruttoria sono evidenziate particolarmente da F. LEVI, *L’attività conoscitiva*, cit., 363 ss.; nello stesso senso A. MEALE, *L’istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento*, cit., 161; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 1251.

<sup>68</sup> Si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 167; E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 156.

La determinazione provvedimentoale è dunque condizionata dalle risultanze istruttorie contenute nella motivazione che, costituendo esercizio di un pubblico potere, manifesta le ragioni per le quali l'atto è stato adottato<sup>69</sup>.

L'ordinamento giuridico ne sancisce l'obbligatorietà affinché siano esplicitate le ragioni che hanno determinato la decisione a suffragio della esattezza del giudizio che in essa si sostanzia<sup>70</sup> ed invero, l'amministrazione deve emanare i propri provvedimenti su presupposti rigorosamente verificati e su dati sicuri e non devono esservi margini di incertezza come del resto si ricava dal principio di "buon andamento"<sup>71</sup>.

La rappresentazione del fatto che offra una esatta percezione degli aspetti essenziali di una determinata realtà oggettiva, per la quale e sulla quale agisce l'Amministrazione, costituisce uno dei momenti indispensabili che contrassegnano l'intero arco di formazione del giudizio, nel quale l'apprezzamento del fatto tende a tradurre in realtà la situazione giuridica che ne consegue e nell'ambito della cui progressiva formazione tale apprezzamento non può che dividerne le regole disciplinatrici.

Dalla esigenza di piena conoscenza della situazione di fatto sottostante al provvedimento *in fieri* deriva che non vi sono preclusioni in ordine allo svolgimento dell'attività istruttoria ciò comportando che l'amministrazione, oltre agli strumenti istruttori obbligatori (perché richiesti dalla legge), può ricorrere a strumenti istruttori facoltativi, vale a dire liberamente assunti.

Parimenti il soggetto pubblico ha facoltà di integrare il procedimento con nuovi elementi istruttori, seguendo criteri e percorsi diversi, oppure può rinnovare l'intera istruttoria.

Anche il privato può suggerire ulteriori mezzi di prova ampliando il campo delle conoscenze con indicazioni funzionali al buon esito della procedura, nel

---

<sup>69</sup> R. JUSO, *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1963, 26 ss.; G. FAZIO, *Sindacabilità e motivazione degli atti discrezionali*, Milano, 1966; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1973, 1595 ss.; L. CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. Amm.* 1995, 441 ss., 458 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 276; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 202 ss.

<sup>70</sup> S. PIRAINO, *Il fatto nella motivazione dell'atto amministrativo*, in *Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol XI, 2013, 43.

<sup>71</sup> Un atteggiamento sostanzialmente favorevole verso ogni forma di potenziamento degli adempimenti istruttori – tra i quali quella della diretta audizione degli interessati – idoneo a "consentire una più attenta e approfondita valutazione" degli elementi da considerare nella fattispecie in vista del migliore svolgimento della funzione da adempiere da parte dell'autorità, è stato espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza 16 giugno 1988. Ma questo aspetto è stato appunto risolto con le norme della stessa legge procedimentale sulla partecipazione degli interessati al procedimento. Sulle ricostruzioni delle tappe evolutive del procedimento amministrativo si veda G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.* n.2/2021, 571.

rispetto della coerenza, buon andamento ed efficienza, presupposti necessari dell'attività amministrativa.

Il limite esterno all'approfondimento istruttorio è costituito dai termini di conclusione del procedimento, oggi non superabili per la concomitanza tra silenzio assenso o responsabilità in caso di inadempimento e dal divieto di aggravamento del procedimento<sup>72</sup> che può trovare giustificazione soltanto in motivate esigenze imposte proprio dallo svolgimento dell'istruttoria. Altro aspetto problematico è quello del collegamento con le previsioni volte a semplificare l'azione amministrativa<sup>73</sup> e a riconoscere certificazioni (e certazioni) private<sup>74</sup>.

Il principio inquisitorio consente all'autorità amministrativa di avvalersi, di propria iniziativa, di ogni mezzo probatorio che ritenga utile.

Tale principio incontra la sua massima espansione nei procedimenti in cui la legge pone a presupposto del provvedimento non l'esistenza o l'inesistenza di fatti indicati con precisione bensì presupposti da riempire attraverso l'esercizio della discrezionalità. In questi casi, poiché la fattispecie legislativa contiene termini non valutabili oggettivamente, si rende sovente necessario lo svolgimento di una indagine estensiva, volta a valutare, in via tendenziale, l'intera situazione storica in cui si colloca il provvedimento *in fieri*.

Ma il principio inquisitorio vale anche per i provvedimenti vincolati in quanto l'Amministrazione ha sempre l'onere di ricercare i presupposti di fatto che giustificano l'emissione del provvedimento<sup>75</sup>. Del resto l'art.6 lett.(a), assegna al responsabile il potere (dovere) di valutare i «presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento» e nella valutazione della rilevanza è implicita l'attribuzione di un potere di disamina che può anche andare al di là di un mero riscontro documentale.

La rappresentazione del fatto che offra una esatta percezione degli aspetti essenziali di una determinata realtà oggettiva, per la quale e sulla quale agisce l'amministrazione, costituisce pertanto uno dei momenti indispensabili che con-

<sup>72</sup> Sul divieto di aggravamento del procedimento si veda S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di certezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.; C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento in Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2011, 206 ss.; F. SAITTA, *Interrogativi sul cd. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. Soc.*, 2001, 547.

<sup>73</sup> Il conflitto tra esigenze di provvedere celermente e completezza dell'istruttoria è un dato ineliminabile, come evidenziato da H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, cit., 47; nello stesso senso P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, 22 ss.; ID, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori, tra principio inquisitorio ed autoreponsabilità privata*, Roma, 2005, 44 ss.

<sup>74</sup> M. OCCHIENA, *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati*, in *Certificazione tra qualità e certezza*, a cura di F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, Cuneo, 2007, 99.

<sup>75</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 1259.

trassegnano l'intero arco di formazione del giudizio ed invero, l'acquisizione del fatto al procedimento amministrativo, lungi dal ridursi nella mera raccolta di dati ed informazioni, si compone di più momenti logico-giuridici che, attraverso la verifica, la identificazione e la elaborazione del fatto, ne predispongono la valutabilità ai fini della decisione: «il giudizio opera per congiungere ciò che è a ciò che sarà»<sup>76</sup>.

#### 4.2. I concetti giuridici indeterminati

Si è in precedenza premesso che la precisazione nel caso concreto di concetti giuridici indeterminati rappresenta una delle problematiche irrisolte che aleggiano sulla funzione conoscitiva, da espletarsi nel corso dell'istruttoria procedimentale, della pubblica amministrazione.

La nozione di concetti giuridici indeterminati è stata elaborata in seno alla dottrina tedesca dell'ottocento che l'ha approfondita in contrapposizione con la nozione di discrezionalità<sup>77</sup>.

Essa nasce e si sviluppa congiuntamente alla tesi dell' "unica decisione giusta", in virtù della quale, in presenza di un concetto giuridico indeterminato, l'amministrazione può adottare un'unica decisione giusta<sup>78</sup>. Secondo questa teoria l'azione amministrativa risponde ad un principio funzionale che le impone di perseguire alcuni interessi pubblici specializzati, astrattamente individuati ed espressi mediante concetti giuridici indeterminati.

<sup>76</sup> Così S. PIRAINO, *Il fatto nella motivazione*, cit., 47.

<sup>77</sup> Sull'argomento approfonditamente, S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, 2020, 180 ss.; e sempre dello stesso Autore *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 267 ss; si veda anche E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, n.3/2014, 759 ss..

<sup>78</sup> Uno dei massimi esponenti di questa teoria fu F. TEZNER che nell'opera *Zur Lehre von freiem Ermessen als Grund zur Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienna, 1888, *passim*, avversa la teoria della discrezionalità conforme propugnata da F. BERNATZIK il quale partendo dal presupposto che gli apparati amministrativi applicano i concetti giuridici indeterminati in osservanza del comando generale dell'ordinamento, ovvero nel modo ritenuto più opportuno avuto riguardo all'optimum generale, presuppone che in capo al funzionario sia circoscritto uno spazio di azione entro cui districarsi al fine di applicare la norma generica e indeterminata. Il postulato di tale dottrina è quindi rappresentato dalla sottrazione dei concetti giuridici indeterminati al sindacato del giudice amministrativo. Si veda F. BERNATZIK, *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*, Vienna, 1886, *passim*. Sulla tesi dell'unica decisione giusta si veda ancora R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien, 1910, 60; H. REUB, *Das Ermessen*, in D.V.BI, 1953, 649 ss.; F. CZERMAK, *Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, in *Jus*, 1968, 399 ss.; H.H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm u. Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tübingen, 1965, 213 ss.; W. SCHMIDT, *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, Tübingen, 1969, 142; F. OSSENBÜCHL, *Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung*, in D.Ö.V., 1972, 402 ss.; H.U. ERICHSEN, W. MARTENS, *Das Verwaltungsbandeln*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, a cura di H.U. ERICHSEN, W. MARTENS, Berlin- New York, 1992, 191, 192; W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, 59 ss..

Tali concetti, dal contenuto evanescente devono necessariamente essere integrati secondo il criterio del meglio possibile, ovvero di ciò che si ritiene rappresentativi oggettivamente l'*optimum* generale.

Si sostiene pertanto l'oggettività del criterio di applicazione, che a sua volta implica, nei casi concreti, l'esistenza di un'unica soluzione giusta, sempre sindacabile dal giudice in sede di impugnazione dell'atto discrezionale amministrativo<sup>79</sup>.

Nelle elaborazioni successive dedicate alla nozione di *Unbestimmte Rechtsbegriffe*<sup>80</sup>, si sostiene che, quando il legislatore impiega volutamente un concetto indeterminato, attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale<sup>81</sup>, invece, quando l'incertezza non è voluta, il legislatore devolve all'amministrazione il potere di interpretare la legge<sup>82</sup>.

L'influenza di siffatta costruzione sul dibattito successivo è stata fondamentale<sup>83</sup>.

Con l'avvento delle Costituzioni di valori della seconda metà del novecento, invece, gli strumenti normativi non si limitano più a dettare quali forme devono essere seguite dagli apparati amministrativi bensì si spingono ad indicare l'obiettivo da raggiungere. Questo obiettivo, non potendo essere cristallizzato in un testo di legge, necessita di essere espresso in forma generica, di modo che possa adattarsi facilmente al periodo storico in cui la norma deve essere applicata.

Da ciò la necessità di ricorrere alla tecnica dei concetti giuridici indeterminati, vale a dire sintagmi di natura valutativa che garantiscono la flessibilità dell'ordinamento giuridico, sia nel senso dell'adattabilità delle circostanze del caso concreto da decidere, sia nel senso del mantenimento di una sua attualità pur nel trascorrere del tempo.

L'approdo della teoria dei concetti giuridici indeterminati è dunque rappresentato dall'elaborazione teorica di un fondamentale ed insopprimibile *spazio di valutazione*, in aperto contrasto con il principio dell'unica decisione giusta<sup>84</sup>.

Il dibattito sul carattere attributivo di discrezionalità, insito nei concetti giuridici indeterminati, viene quindi affrontato distinguendo fra discrezionalità

<sup>79</sup> La giustificazione storica del principio dell'unica decisione giusta consiste, secondo F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 252, nel contrastare certe pericolose «tendenze del giudice ad abdicare di fronte all'amministrazione».

<sup>80</sup> W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss.; Sul tema dei concetti giuridici indeterminati si veda sempre W. JELLINEK, *Vervaltungsrecht*, Berlin, 1931, 30 ss. La stessa teoria è stata analizzata dalla dottrina italiana successiva e segnatamente da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 254-255.

<sup>81</sup> W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, cit., 39 ss..

<sup>82</sup> W. JELLINEK, *op. ult. cit.*, 30.

<sup>83</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 50.

<sup>84</sup> La teoria del margine di valutazione consente infatti il controllo giurisdizionale soltanto entro certi limiti, e, comunque, non si estende fino al punto di consentire al giudice di sostituire il proprio apprezzamento discrezionale a quello previamente compiuto da parte dell'amministrazione.

di azione o volitiva, che ricorre quando la legge conferisce all'amministrazione libertà di azione, e discrezionalità sussuntiva, vale a dire cognitiva o di giudizio, che ricorre quando la legge le attribuisce un certo margine di valutazione dei presupposti per l'azione<sup>85</sup>. Nella prima ipotesi si manifesta quella che viene denominata discrezionalità amministrativa; invece, nella seconda ricorre quello che può essere definito uno spazio libero di valutazione il *Beurteilungsspielraum* appunto. La finalità perseguita da siffatto orientamento è stata quella di ricavare uno spazio, inaccessibile al sindacato giurisdizionale, diverso da quello occupato dalla discrezionalità vera e propria<sup>86</sup>.

Detta impostazione è stata convalidata e ulteriormente sviluppata dalla coeva teoria denominata dottrina della rappresentatività o sostenibilità (*Vertretbarkeitstheorie*)<sup>87</sup>, secondo la quale soprattutto i concetti di valore o normativi non sono applicabili se non integrati da un giudizio di valore<sup>88</sup>. Secondo la tesi in esame, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono ad una sola interpretazione e altri, i concetti normativi, che legittimano soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide<sup>89</sup>. Per i concetti fattuali o descrittivi, il giudice amministrativo può sindacare il procedimento di sussunzione del fatto nella fattispecie normativa perché si tratta di una pura attività interpretativa<sup>90</sup>. Invece, in presenza di concetti normativi, il giudice amministrativo può sindacare l'interpretazione che l'amministrazione abbia fatto del concetto giuridico indeterminato e la sussunzione fra fatto concreto e fattispecie normativa, ma si deve astenersi dall'incidere sul giudizio di valore formulato dall'amministrazione<sup>91</sup>.

Un orientamento minoritario ha negato la sussistenza e l'utilità di un'autonomia e distinta categoria di concetti giuridici indeterminati.

<sup>85</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 99 ss.

<sup>86</sup> O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht* in *JuristenZeitung*, vol. 4/55, 97 ss.; si veda anche C.H. ULE, *Zur anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *A. ö. R.*, 1957, 171 ss.

<sup>87</sup> Si veda in proposito PH. HECK, *Gesetzesjurisprudenz*, Tübingen, 1914 e, in epoca successiva, D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht* in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 82, n. 2/3 (1957), 163 ss.

<sup>88</sup> C.H. ULE, *Zur anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, 309 ss.; ID, *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in *D.V.Bl.*, 1973, 756 ss.; ID, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1983, 9; ID, *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verm. Arch.*, 1985, 1 ss. *A. ö. R.*, 1957, 171 ss.

<sup>89</sup> C.H. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., 1989, 9 ss.

<sup>90</sup> C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 324 ss.

<sup>91</sup> C.H. ULE, *op. ult. cit.*, 326

La giurisprudenza tedesca<sup>92</sup>, salvo qualche sporadica eccezione<sup>93</sup>, ha perseguito la strada della sindacabilità dei provvedimenti emanati sulla base di concetti giuridici indeterminati, basandosi prevalentemente sulla cogenza delle norme costituzionali, che non ammettono limitazioni al sindacato giurisdizionale, e sulla convinzione che in sede di applicazione degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* sia prospettabile un'unica "decisione giusta". Naturalmente l'atteggiamento della giurisprudenza è stato differente, riconoscendo spazi insindacabili, in presenza di provvedimenti emanati in settori contraddistinti da una più marcata autonomia valutativa, come per esempio in caso di pianificazione urbanistica, di giudizi prognostici, di giudizi tecnici estremamente complessi, quali quelli concernenti le centrali nucleari.

In Italia la categoria dei concetti giuridici indeterminati viene inizialmente evocata dalla dottrina per indicare quei «sintomi vaghi e generici adoperati dal legislatore per delimitare l'ambito del potere amministrativo fissandone i presupposti per l'esercizio»<sup>94</sup>.

Una volta preso atto dell'esistenza di un indiscusso potere di valutazione, la dottrina successiva<sup>95</sup>, pur evocando la nozione di concetto giuridico indeterminato, ha privilegiato l'approfondimento della contrapposizione fra discrezionalità pura (o comparativa) e discrezionalità tecnica. Soprattutto quest'ultima ha rappresentato lo strumento per consentire al giudice amministrativo, come si avrà modo di approfondire oltre, di elaborare la possibilità di un sindacato di tipo forte e, in alcuni casi, anche di sviluppare un sindacato di siffatta natura.

<sup>92</sup> Sull'elaborazione della giurisprudenza tedesca si vedano D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995; C. FRAENKEL, HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, Trento 2004, 19 ss.

<sup>93</sup> Nota è la pronuncia del B. Vew. G 16.12.1971 in BVewGE, 1971, 5, 153 ss.

<sup>94</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 70 ss. riteneva che il carattere della discrezionalità fosse racchiuso nell'operazione di completamento della norma imprecisa che consta di due fasi: quella intellettuale, in cui si procede ad un apprezzamento dei vari interessi in gioco, e quella volitiva, in cui viene adottata la decisione finale.

<sup>95</sup> Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati si vedano inoltre F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 244 ss.; F. SAITTA, *Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminazione della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, cit., 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, 362 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 267 ss.; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 180 ss.; E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, cit., 759 ss..

### 5. *I problematici equilibri tra amministrazione e giurisdizione*

Con l'approvazione della Costituzione repubblicana si è compiuta quella progressiva modificazione dell'esercizio del potere, che, da manifestazione non intrinsecamente controllabile di una facoltà propria dell'amministrazione è divenuto manifestazione di funzione, attribuita dal legislatore, disciplinata dal medesimo, da esercitare secondo i modelli di logica, coerenza e proporzionalità proprie di qualunque agire giuridico e maggiormente di un agire giuridico finalizzato qual è l'agire della pubblica amministrazione<sup>96</sup>.

La disciplina procedimentale, il controllo attraverso numerosi profili sintomatici di eccesso di potere, le scelte contenutistiche del legislatore, sono state tutte orientate in questa direzione.

Il potere discrezionale si è venuto, perciò, a conformare sempre di più, e in parte anche attraverso la possibilità di intervento dei singoli cittadini che, partecipando al procedimento amministrativo, possono fare emergere i cosiddetti interessi riflessi, al fine di rendere sempre più adeguata la scelta finale della pubblica amministrazione.

In quest'ottica si sono anche utilizzate le appena richiamate riflessioni sui concetti giuridici indeterminati, al fine di rendere sempre meno libera per l'amministrazione l'individuazione del contenuto dei precetti giuridici, con l'assicurazione di una maggiore prevedibilità delle scelte amministrative e perciò dei contrapposti comportamenti dei cittadini: in questo ovviamente accrescendo il ruolo e l'efficacia del giudice amministrativo che, come ogni giudice, svolge una funzione interpretativa.

Eppure, diversamente dagli intenti iniziali, la nota crisi del principio di legalità, che ha determinato il venir meno di un riferimento effettivo per sindacare l'azione amministrativa in assenza di norme che ne statuiscono precetti e limiti, ha fatto sì che il legislatore, quando non emana testi legislativi estremamente dettagliati e riferiti a situazioni addirittura concrete e specifiche, lascia un ampio

---

<sup>96</sup> In un recente contributo monografico si è evidenziato come nello stato costituzionale di diritto accanto ai tradizionali diritti di libertà, ai quali corrispondono i divieti ai pubblici poteri di fare, si sono affermati tutta una serie di diritti sociali o materiali, ai quali corrispondono gli obblighi dei pubblici poteri di fare, ciò determinando una significativa modifica della struttura normativa del potere. Quest'ultimo si caratterizza per il fatto di assumere come obiettivo principale il raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale e non solo di quella formale tra i cittadini. Orbene, il provvedimento amministrativo che del potere costituisce l'espressione, subisce una duplice trasformazione. Da un lato, diventa lo strumento tipico per assolvere alla funzione prestazionale del diritto, divenendo mezzo per rimuovere le disuguaglianze e assicurare la piena soddisfazione dei diritti sociali. Dall'altro, assurgendo a momento di attuazione dei valori dominanti nell'assetto costituzionale, esprime la sintesi della dialettica tra libertà e uguaglianza. Così S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 151 ss. e 368 ss. ID, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI, cit., 8 ss..

marginale di azione alle autorità amministrative, limitandosi a fissare obiettivi generali e non immediatamente attuabili.

È evidente come in questo contesto emerga con maggiore evidenza, ai fini conoscitivi, l'importanza della distinzione di fondo tra il fenomeno della discrezionalità pura, intesa come disponibilità e libero bilanciamento di interessi, e il fenomeno della discrezionalità tecnica e, più in generale, quello della sussunzione dove l'indeterminatezza della norma si coniuga con l'incertezza intrinseca del fatto da accertare, da apprezzare, da qualificare sotto di essa come premessa legale alla sua applicazione.

Per quanto, come visto, l'elaborazione di concetti giuridici indeterminati, sia stata inizialmente pensata in un'ottica conformativa del sistema amministrativo, essa non ha più sortito, sul piano pratico, gli effetti auspicati.

In particolare ci si è chiesti se la necessaria integrazione, effettuata in sede applicativa dall'amministrazione, dei concetti giuridici a contenuto indeterminato, che devono la propria indeterminatezza al carattere della tecnica cui fanno rinvio, sia ascrivibile al territorio della piena cognizione da parte del giudice amministrativo oppure soltanto a quello del tradizionale sindacato di eccesso di potere.

I ricchi contributi dottrinali che si sono susseguiti nel corso degli anni hanno inizialmente visto contrapposti due indirizzi di pensiero: un primo, e più risalente, riconduce la discrezionalità tecnica in quella amministrativa<sup>97</sup>. In particolare, secondo tale impostazione, sia le valutazioni tecnico discrezionali, sia le valutazioni conseguenti all'esercizio del potere discrezionale amministrativo sono di competenza esclusiva della pubblica amministrazione, pertanto, solo questa può effettuare le relative ponderazioni, essendo, viceversa, precluso al giudice amministrativo sostituirsi all'amministrazione nell'uno quanto nell'altro caso, in sede di verifica del corretto esercizio del potere.

Senonchè, dopo una travagliata evoluzione di queste originarie posizioni, si è pervenuti ad ammettere, sulla scorta dei concetti giuridici indeterminati elaborati dalla dottrina tedesca, e in particolare delle "norme imprecise la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi" un sindacato estrinseco, vale a dire un sindacato volto a valutare la irragionevolezza e la erroneità della scelta compiuta dall'amministrazione<sup>98</sup>.

Successivamente, l'assimilazione della discrezionalità tecnica a quella amministrativa è stata sottoposta ad una revisione critica da parte della dottrina la quale non ha mancato di evidenziare la diversità delle due forme.

In particolare, secondo questa dottrina<sup>99</sup>, con la discrezionalità tecnica non

---

<sup>97</sup> O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912; A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, 125 ss.

<sup>98</sup> E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1912, IV, 10.

<sup>99</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, 313 ss.

viene compiuta una comparazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari, bensì viene realizzata una valutazione di fatti, viene effettuato un giudizio sulla base di canoni scientifici e tecnici che non implica il potere di scegliere quale sia la soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire, dal momento che questa è stata già individuata a monte dal legislatore.

Questa impostazione dottrinale è stata poi recepita da una innovativa giurisprudenza che ha ribadito la diversità dei concetti di discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica<sup>100</sup>.

Tuttavia, nonostante la ridefinizione del rapporto intercorrente tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, non tutti i fautori di tale assimilazione hanno sostenuto la piena sindacabilità delle scelte tecnico-discrezionali. Parte della dottrina ha difatti sostenuto, sul piano sostanziale, che anche per le valutazioni tecniche sia possibile parlare di una "riserva" a favore dell'amministrazione, dovuta alla più accentuata rappresentatività delle valutazioni dell'amministrazione o alla particolare competenza dei soggetti chiamati a effettuare tali valutazioni<sup>101</sup>.

Anche da parte dei giudici amministrativi, nonostante qualche pronuncia più "audace", si continua a registrare una certa ritrosia a svolgere un sindacato più incisivo, con ciò discostandosi dall'orientamento assunto dalla giurisprudenza centro europea dove invece vige la dottrina dei concetti giuridici indeterminati<sup>102</sup>.

Il Consiglio di Stato non ha infatti mancato di puntualizzare che spetta al legislatore esprimersi in modo tale da consentire un controllo più penetrante del giudice mediante un più preciso "inquadramento della fattispecie nella disposizione precettiva" realizzabile col tramite di "una più specifica tipizzazione" delle condotte da valutare<sup>103</sup>.

Ciò dimostra una riluttanza ad assumere una posizione di rottura rispetto alla tradizionale tesi dell'intangibilità delle scelte di discrezionalità tecnica. Non sono tuttavia mancati sporadici orientamenti coraggiosi che hanno ammesso un vero e proprio sindacato diretto<sup>104</sup>. La maggior parte delle pronunce è tuttavia

---

<sup>100</sup> In particolare il Consiglio di Stato (sez. IV, 9 aprile 1999, n.601) ha affermato che «La discrezionalità tecnica non sfugge aprioristicamente al sindacato del giudice amministrativo perché essa riguarda un concetto diverso dal merito amministrativo identificandosi con le ipotesi in cui l'operato dell'amministrazione, in relazione a particolari materie, deve svolgersi secondo criteri, regole e parametri tecnici o scientifici direttamente o indirettamente richiamati dalla norma giuridica che disciplina il potere». Si veda, per un'analisi delle evoluzioni giurisprudenziali sull'argomento, A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2/2021, 335 ss..

<sup>101</sup> Si vedano, fra gli altri, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 227 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, cit., 312 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 135 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 791 ss.; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2011, 133 ss.

<sup>102</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 297 ss.

<sup>103</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2010, n.2369

<sup>104</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n.926; Sez. VI, 9 luglio 2012, n.3974; Sez. IV, 4 luglio, 2012.

ancora orientata a privilegiare una concezione del sindacato debole, laddove la debolezza indica un controllo caratterizzato dal pieno accesso al fatto e dalla ripetibilità delle operazioni tecniche, ma non dalla possibilità di sostituire il risultato del giudice a quello dell'amministrazione come accade invece per il contrapposto "sindacato forte"<sup>105</sup>. I supremi giudici sembrano tuttora assumere come incontestabile l'esistenza di un margine di apprezzamento riservato all'amministrazione, al cospetto del quale non sarebbe consentito all'autorità giudiziaria di entrare nel merito delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione, senza invero esplicitare la fonte di legittimazione di tale margine<sup>106</sup>.

Questa ritrosia oltre ad avere una matrice di carattere culturale<sup>107</sup>, affonda sicuramente le sue radici storiche nella legislazione del 1889 con la quale veniva reintrodotta il controllo giurisdizionale sull'attività dell'Amministrazione.

In particolare, però, il controllo veniva escluso, con riferimento all'amministrazione statale, in relazione all'apprezzamento del fatto, vale a dire in relazione alla specifica ricostruzione della situazione concreta sulla quale l'autorità amministrativa era intervenuta.

L'impossibilità di accertare il fatto, con l'equiparazione del provvedimento amministrativo definitivo alla sentenza d'appello del giudice ordinario nei confronti della quale era proponibile il ricorso in Cassazione<sup>108</sup>, al quale già nelle discussioni nel Senato del Regno venne equiparato il ricorso al Consiglio di Stato, qualificava in modo estremamente significativo il ruolo dell'Amministrazione pubblica; le sue valutazioni erano verificabili soltanto laddove contrastanti con la legge, essendo, per il resto, non suscettibili di verifica.

Parte della dottrina è dell'avviso che tali spiegazioni che sembrano essere ancora valide per ciò che attiene la discrezionalità pura, non lo sono per la discrezionalità tecnica laddove si ritiene che «indipendentemente dalla giustificazione sostanziale riconosciuta alla (ritenuta) riserva di valutazione tecnica l'insindacabilità si risolve in una lesione del giusto processo in quanto non consente la pienezza di tutela di diritti soggettivi ed interessi legittimi»<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2012, n.3893; Sez. IV, 20 giugno 2012, n.3622.

<sup>106</sup> In questi termini M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2012, 1606. ss. Su questi aspetti e, in particolare, sulla ritrosia del giudice rispetto all'accesso al fatto anche nel sindacato sulla discrezionalità tecnica, si veda G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 105.

<sup>107</sup> A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, 415.

<sup>108</sup> Sulle difficoltà anche del sindacato della Corte di Cassazione avanti ai concetti giuridici indeterminati, si veda M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993.

<sup>109</sup> Così F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, Torino, 2010, I, 227; a favore di un pieno sindacato sull'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica si esprimono N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir.*

Da quanto precede emerge come complessivamente prevalga una certa tendenza, ispirata al principio della salvaguardia delle prerogative dell'autorità amministrativa in ordine alla valutazione di fatti complessi, a limitare la pienezza del sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo.

Tale tendenza, come noto, è in contrasto con le sentenze del giudice di Strasburgo che non ammette, in linea di principio, che il sindacato sugli atti amministrativi frutto di valutazioni tecniche complesse, possa essere in qualche modo limitato<sup>110</sup>.

Le valutazioni dell'amministrazione devono pertanto poter essere tutte ripercorse laddove le medesime siano ricostruibili esattamente, siano fondate su elementi misurabili e su una realtà di fatto accertabile.

Non sono ripercorribili laddove costituiscano attuazione delle scelte politico-discrezionali dell'amministrazione. In tali ipotesi non è opportuna la sostituzione da parte del giudice dell'amministrazione decidente, ciò potendo ingenerare il rischio di una "rottura" col principio della responsabilità politica dell'amministrazione per le decisioni politico amministrative<sup>111</sup>.

Distinguendo le questioni di mero fatto, pur se complesse e soggette a leggi inesatte, dalle questioni di pura opportunità, la Corte ha precisato che esclusivamente nel secondo caso è giustificato un *restraint* dell'autorità giurisdizionale.

Ad avviso della Corte l'effettività della tutela giurisdizionale viene garantita attraverso il giusto procedimento ovvero attraverso il giusto processo fondato sul pieno accesso ai fatti, anche complessi<sup>112</sup>, che costituiscono il presupposto delle decisioni amministrative.

---

*Amm.*, 1996, 486 ss.; L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 422 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, a cura di G. MORBIDELLI, Torino, 2001, 251 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pub.*, 2004, 439 ss.; ID, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia 'amministrativa'?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 304 ss.

<sup>110</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, 21 ottobre 2003, ric. n.29010/95, *Credit and Industrial Bank v. Czech Republic*, in cui si afferma il diritto del giudice di accertare, al limite sostituendosi all'amministrazione, i presupposti a carattere tecnico per l'assoggettamento di una impresa ad una procedura fallimentare disposta per via amministrativa. Si veda anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2008, ricorso n.72034/01, *Družstevní záložna Priea and others v. the Czech Republic* in cui si ribadisce la necessità che a fronte di decisioni discrezionali delle autorità di vigilanza bancaria che conducano alla procedura fallimentare, il judicial review deve essere effettivo, dovendo il giudice compiere una verifica punto su punto sugli elementi oggetto di valutazione da parte delle autorità, senza poter declinare la propria giurisdizione per impossibilità di sostituirsi all'amministrazione.

<sup>111</sup> Si veda Corte europea 21 settembre 1993, ricorso n.12235/86, *Zumbotol v. Austria*, in cui si afferma che il sindacato sulla decisione di espropriare un'area per pubblica utilità non consente al giudice di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico, costituendo la stessa valutazione prerogativa riservata all'amministrazione.

<sup>112</sup> Sull'argomento si veda M. ALLENA, *Il giudicato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., 1609.

L'approccio che la Corte dei diritti dell'uomo impiega con riferimento all'equo processo nelle procedure amministrative si può definire come un approccio integrato per cui il "farsi dell'atto" nel procedimento e il "contestare l'atto" nel processo costituiscono fasi complementari rispetto all'esigenza di restituire un giusto processo, o se si vuole, una giusta amministrazione.

La funzione interpretativa di collegamento tra fattispecie astratta e fattispecie reale, svolta dall'amministrazione prima, ed eventualmente dal giudice poi, ha tuttavia sollevato alcuni timori in ordine alla possibilità che il secondo possa sostituirsi alla prima per verificare se i fatti già da essa accertati e verificati costituiscano (o non) efficaci premesse all'applicazione al caso concreto di norme indeterminate<sup>113</sup>.

#### 6. *Il diritto procedimentale amministrativo come possibile garanzia di correttezza delle decisioni*

Come poc'anzi evidenziato lo studio delle modalità decisionali che informano le determinazioni degli organi procedenti ha senz'altro il pregio di porsi in una prospettiva differente rispetto a quella del giudice che, chiamato a sindacare la ragionevolezza dell'istruttoria e l'attendibilità scientifica del criterio seguito per ottenere la decisione, valuta l'operato amministrativo allorquando esso si è già consumato ponendosi in una prospettiva *ex post*.<sup>114</sup>

L'ambito di applicazione del principio di ragionevolezza, dichiarato applicabile nel sindacato della valutazione di merito, sia amministrativo che tecnico, copre pertanto l'intera azione discrezionale dell'amministrazione.

Come si è avuto modo di vedere la tendenza dei giudici nazionali è quella di accomunare discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica dichiarando quest'ultima insindacabile fin tanto che le relative valutazioni non superino la soglia dell'abnormità.

Tutto ciò comporta, in caso di caducazione dell'atto ritenuto "irragionevole", una sostituzione del provvedimento amministrativo con una nuova decisione produttiva di effetti ma non la correzione di un accertamento "errato".

In buona sostanza è il giudice a sostituire l'amministrazione nell'esercizio della funzione creativa del caso concreto<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Si veda *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello del 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, con relazioni di A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, 3 ss.; D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, 11 ss.; A. POLICE, *Sindacato di merito e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, 53 ss.; P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, 79 ss..

<sup>114</sup> Si veda S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice*, cit., 129 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., 319.

<sup>115</sup> Nella dottrina tedesca tale aspetto è stato approfondito da R. WAHL, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, in *VVDStRL* 41, 1983, 151 ss.; J. C. SCHUHR, *Zur vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, in *JZ*, 2008, 603.

Tali riflessioni potrebbero suggerire di riconsiderare, sulla scorta dei risultati degli studi condotti in Germania, il ruolo che il procedimento amministrativo assume ai fini dell'assunzione di una corretta decisione<sup>116</sup>.

Ed invero, la elevazione di un diritto procedimentale amministrativo ad autonoma categoria potrebbe aiutare, anche se in modo non assoluto, a superare l'empasse del dibattito giuridico intorno al concetto giuridico indeterminato e alla interferenza dei poteri tra giudice e amministrazione.

La corretta decisione è qui da intendersi come "correttezza fattuale", vale a dire quella correttezza che dovrebbe informare l'attività conoscitiva che precede e prepara la tipica esplicazione del potere di imperio dell'amministrazione, e cioè il provvedimento<sup>117</sup>.

Mentre il postulato della legalità, al quale il processo decisionale è già informato<sup>118</sup>, riguarda la libertà dall'errore, vale a dire la scelta tra una delle varie possibilità di "scelta legittima", la soddisfazione del postulato della correttezza fattuale per il tramite del procedimento riguarda l'impiego degli spazi decisionali che non solo deve essere privo di errori, ma anche il "migliore possibile", vale a dire finalizzato all'ottimalità<sup>119</sup>.

La qualità del processo decisionale può essere dunque migliorata attraverso i procedimenti e ciò a maggior ragione se a questi si imprime una autonoma considerazione rispetto al diritto sostanziale<sup>120</sup>.

Da tempo parte della dottrina ha sostenuto la necessità di distinguere tra diritto procedimentale, inteso ad assicurare la difesa degli interessi giuridici nel processo di attuazione dell'ordinamento, e diritto sostanziale che è il prodotto effettuale della decisione amministrativa.

La tesi, che qui si ritiene di condividere in considerazione degli effetti che essa può sortire ai fini di garantire un miglioramento dello standard di correttezza dell'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, muove dall'assunto che il procedimento amministrativo si colloca come punto di snodo tra la sfera decisionale dell'amministrazione nell'attuazione dell'ordinamento e la tutela delle

---

<sup>116</sup> Si veda E. GURLIT, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 2011, 229 ss; E. SCHMIDT, ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e tutela dei diritti*, in *Dir. Amm.*, 3/2011, 11 ss.

<sup>117</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 26 ss.

<sup>118</sup> In tale prospettiva la legge 241/90 costituisce uno snodo decisivo. Per la prima volta viene affidato alla fonte primaria il compito di dare forma, in via generale, all'esercizio della potestà amministrativa richiamando tra i criteri fondamentali dell'agire pubblico la legalità, l'economicità e l'efficacia.

<sup>119</sup> Esplicitamente W. HOFFMANN-RIEM, *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe*, in *AöR*, 115 (1990), 416

<sup>120</sup> E. GURLIT, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, cit., 232; P. HILBERT, *Erkenntnisfunktionen und Richtigkeitsgewähr von Verwaltungsverfahren*, in *Die Verwaltung*, 2018, 345 ss., in questo senso L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 84.

posizioni giuridiche dei consociati coinvolti. Il contemperamento di queste esigenze è assicurato, appunto, attraverso il diritto procedimentale, ossia il diritto inteso a orientare un effetto nella direzione voluta dalla legge<sup>121</sup>.

In questa prospettiva l'attività conoscitiva potrebbe acquisire quell'autonomia teorica che ancora oggi non le viene riconosciuta perché spesso confusa con altri fenomeni contigui<sup>122</sup>.

Si tratta di considerazioni brevissime che necessitano di approfondite valutazioni dal momento che una tale opzione aprirebbe ulteriori scenari tra i quali i necessari correttivi all'impianto delle norme di organizzazione, ciò implicando inevitabili scelte di politica del diritto.

---

<sup>121</sup> Si rinvia ancora a L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 95; E. GURLIT, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, cit., 235.; E. SCHMIDT, ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e tutela dei diritti*, cit., 11 ss.

<sup>122</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 22 ss.

### Abstract

Il presente lavoro si incentra sull'analisi del se le modalità attraverso le quali la pubblica amministrazione trae le conoscenze per addivenire ad una decisione, ovvero il potere discrezionale da questa esercitato nel corso dell'attività conoscitiva, sia in grado di raggiungere livelli ottimali di garanzia per una *corretta decisione*.

La nota crisi del principio di legalità ha tuttavia sollevato non poche criticità in ordine al margine di valutazione, in sede di sindacato, del corretto esercizio della funzione discrezionale.

È noto come nel nostro ordinamento prevalga l'orientamento volto a riconoscere all'amministrazione – anziché al giudice amministrativo – una funzione sostitutiva a quella omessa dal legislatore, sul cui esercizio il giudice amministrativo stesso non deve interferire, se non negli angusti limiti della sintomatologia del vizio di eccesso di potere o in quelli meno angusti del sindacato di proporzionalità.

La centralità teorica del procedimento amministrativo, come fenomeno concettualmente e giuridicamente autonomo dal diritto sostanziale, potrebbe offrire una garanzia di miglioramento dello standard di correttezza delle determinazioni amministrative.

### The epistemic function of the procedure and the guarantee of correctness of administrative decisions

The paper analyzes the ways in which the public administration acquires the knowledge to take a decision, that is to say the discretionary power exercised in the course of its cognitive activity, achieving optimal levels of guarantee for a correct decision.

However, the well-known crisis of the principle of legality has raised a number of critical issues with regard to the margin of appreciation, during the judicial review, of the proper exercise of the discretionary power.

In our legal system prevails the orientation of giving to the administration – rather than the administrative court – a substitute function to that omitted by the legislature, over which the administrative court itself should not interfere, if not within the narrow limits of the symptomatology of the vice of excess of power or in those less narrow than proportionality review.

The theoretical centrality of the administrative procedure, as a phenomenon that is conceptually and legally autonomous from the substantive law, could offer a guarantee of improvement of the standard of correctness of the administrative decisions.



# L'interesse pubblico tra politica e amministrazione: il caso dell'obbligo vaccinale durante la pandemia

di Giulia Torta

SOMMARIO: 1. Premessa: la rapida evoluzione normativa dell'obbligo vaccinale – 2. L'ethos pubblico ed il *rule of law* – 3. Il ruolo dei giudici amministrativi – 3.1. La sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato – 3.2. L'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – 4. Conclusione

## 1. *Premessa: la rapida evoluzione normativa dell'obbligo vaccinale*

La pandemia da coronavirus (COVID-19), causata dall'infezione globale da virus SARS-CoV-2, ha determinato una situazione storica senza precedenti dal punto di vista sociale, economico e giuridico; ancora oggi, dopo più di due anni, non è chiaro quando (e se) questa parentesi dolorosa si chiuderà definitivamente. Una caratteristica della pandemia, peraltro, è stata quella di travolgere tutti gli ambiti della vita sociale ed economica del Paese con una forza dirompente. Oltre all'impennata dei decessi, che soprattutto nelle prime due ondate hanno toccato numeri davvero tragici, ed alla paura che si è diffusa nella popolazione, anche l'economia e la sfera privata dei singoli cittadini sono state segnate duramente dagli eventi connessi all'aumento dei contagi e dall'aggravarsi delle misure predisposte per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Sotto il profilo giuridico e politico, poi, questa pandemia ha determinato una situazione di *stress* per le istituzioni pubbliche chiamate a gestire rapidamente eventi in continua evoluzione. Nel tentativo di trovare la strategia migliore per tutelare la sicurezza dei cittadini e la salute pubblica salvaguardando, contestualmente, anche il tessuto produttivo del Paese, è stato ampio il ricorso allo strumento giuridico del decreto-legge, appunto concepito come fonte utilizzabile per rispondere celermente a situazioni straordinarie. Ciò ha determinato un sostanziale depotenziamento del ruolo del Parlamento rispetto a quello del governo chiamato a fronteggiare celermente la situazione emergenziale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Una parte della dottrina ha sollevato in proposito non pochi dubbi sulla compatibilità dell'ampio ricorso dell'Esecutivo allo strumento del DPCM per imporre misure restrittive delle libertà dei cittadini con il sistema delle riserve di legge. Si veda, per un approfondimento sulla questione, M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), osservatorio emergenza covid-19, 1, 2020, 1 ss.; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1, 2020, I ss.; G. TROPEA, *Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), osservatorio emergenza covid-19, 18 marzo 2020, 2 ss.; P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Diritto dell'economia*, 1, 2020, 125 ss.; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema*

In questo contesto, i vaccini hanno rappresentato uno strumento chiave per contrastare la pandemia poiché, grazie a questi, è stato possibile rallentare la curva di crescita dei contagi, fornire maggiore protezione alle categorie più esposte al rischio di contagio e di ospedalizzazione e contenere il numero dei ricoveri e dei decessi totali.

La campagna vaccinale nazionale ha avuto inizio il 27 dicembre 2020 e prevede la somministrazione gratuita delle dosi di vaccino a tutta la popolazione (secondo un ordine di priorità, che tiene conto del rischio di malattia, dei tipi di vaccino e della loro disponibilità) al fine di raggiungere un'elevata copertura vaccinale attraverso il completamento dei cicli raccomandati per poter ridurre la circolazione del virus e lo sviluppo di varianti e prevenire l'insorgenza di patologie gravi ed i decessi.

Dopo una prima fase in cui la vaccinazione è stata solo su base volontaria, il decreto legge 1° aprile 2021 n. 44, successivamente convertito con alcune modificazioni dalla legge 28 maggio 2021 n. 76, ha disposto l'introduzione nell'ordinamento italiano dell'obbligo vaccinale come strumento di contrasto alla diffusione della pandemia da COVID-19 al fine "di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza".

Questa previsione iniziale limitava l'obbligo di effettuazione del ciclo primario di vaccinazione (doppia dose o dose unica) ad alcune categorie di lavoratori (gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali), che, in ragione della tipologia di attività svolta, si riteneva fossero maggiormente esposti al rischio del contagio e, conseguentemente, anche alla possibilità di esserne veicolo. Inoltre, il d. l. 1° aprile 2021 n. 44 prevedeva che, in caso di rifiuto alla vaccinazione, e dunque di accertata violazione dell'obbligo vaccinale, il soggetto privato venisse sanzionato con la sospensione dallo svolgimento di prestazioni o mansioni che implicassero contatti interpersonali o determinassero, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio. In alternativa alla sospensione la disciplina prevedeva la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni anche inferiori o diverse, ma non tali da implicare rischi di diffusione del contagio, adeguando il trattamento economico alle nuove mansioni esercitate. Laddove fosse stato impossibile ricorrere persino a questa soluzione, si determinava una

---

costituzionale italiano, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3, 2020, 513 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1, 2021, 384 ss.; E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2, 2021, 2 ss.; A. RUGGERI, *Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell'emergenza (prime notazioni)*, in *Nuove autonomie*, 1, 2021, 113 ss.; M. Mandato, *Sulla titolarità delle competenze in materia di emergenza sanitaria. A proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021*, in *Nuove autonomie*, 2, 2021, 530 ss.

sospensione del lavoratore senza retribuzione e senza la possibilità di percepire altro compenso o emolumento, comunque denominato.

La finestra temporale di operatività di tale obbligo era stata inizialmente individuata, in modo elastico, con un rimando alla data di completa attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, sebbene la data di cessazione dello stato di emergenza sanitaria, ovvero il 31 dicembre 2021, fungesse comunque da termine massimo.

In considerazione dell'avvento di nuove varianti del virus iniziale e della recrudescenza della pandemia, nonché della necessità di assicurare l'ordine pubblico e la tutela dei minori nell'ambito del contesto scolastico, poi, il decreto legge 26 novembre 2021 n. 172 (convertito con modificazioni nella legge 21 gennaio 2022, n. 3), ha inserito nel testo originale della l. n. 76/2021 l'art. 4 *ter*. Così facendo, sono stati estesi sia l'ambito oggettivo dell'obbligo, includendo anche la dose di richiamo successiva al ciclo primario (c.d. dose booster), sia l'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo, includendo il personale scolastico, il personale del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, il personale delle polizie locali, tutto il personale, a qualsiasi titolo, chiamato a svolgere attività lavorativa nelle strutture sanitarie e socio-sanitarie, e il personale alle dirette dipendenze dell'amministrazione penitenziaria o del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità.

Inoltre, l'art. 1, comma 1, lettera b), di tale decreto, da un lato, ha attribuito agli Ordini professionali la competenza ad esercitare il potere di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, qualificando la natura dell'atto come dichiarativa e non disciplinare, dall'altro, ha espunto dal testo legislativo, per quanto riguarda la sospensione dall'esercizio della professione, il riferimento al divieto di svolgere esclusivamente quelle prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SAR-CoV-2. La conseguenza diretta di questa ultima previsione è stata, dunque, quella di precludere, agli esercenti attività professionali in area sanitaria che richiedono l'iscrizione in un apposito ordine o collegio, i quali non sono vaccinati, l'esercizio di qualsiasi prestazione riconducibile alle professioni per le quali è richiesta l'iscrizione nell'albo professionale.

Da ultimo, poi, il decreto legge 7 gennaio 2022 n. 1 (coordinato con la legge di conversione 4 marzo 2022, n. 18) ha inserito, nella l. n. 76/2021, anche gli artt. 4 *quater* e 4 *quinquies*, ampliando ulteriormente la platea dei destinatari dell'obbligo vaccinale fino ad estenderla ad altri comparti lavorativi (includendo così il personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti superiori), e, in modo trasversale, a tutti i *“cittadini italiani e di altri Stati membri dell'Unione europea residenti nel territorio dello Stato, nonché agli stranieri di cui agli articoli 34 e 35 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina*

dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286", indipendentemente dalla tipologia di attività lavorativa prestata, sulla base di un requisito anagrafico: essere già ultracinquantenni o superare questa età entro il 15 giugno 2022.

La progressione che ha caratterizzato l'introduzione dell'obbligo vaccinale è stata legata, per un verso, all'esigenza di tutelare determinati settori considerati prioritari per il Paese (come la sanità e la scuola) e determinati soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili in ragione della loro fascia d'età (come gli ultracinquantenni) e, per altro verso, alla necessità di vincere la resistenza del gruppo di cittadini che hanno aderito alle teorie *no-vax* seguendo ricostruzioni anti-scientifiche, variamente complottiste, o semplicemente non supportate da corrette ricostruzioni dei fatti.

Tale progressione, peraltro, è stata supportata, in parallelo, anche dalla graduale estensione della portata del c.d. *Green pass* rafforzato, cioè di un certificato conseguibile solo a seguito del completamento dell'intero ciclo vaccinale (somministrazione delle due dosi del ciclo primario e del *booster*), divenuto abilitante per l'accesso a determinati luoghi pubblici o luoghi aggregativi come cinema, teatri e università.<sup>2</sup>

## 2. *L'ethos pubblico ed il rule of law*

La disciplina attualmente in vigore è stata oggetto di critiche e di non pochi ricorsi giurisdizionali, alcuni dei quali sono poi sfociati in ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale per la verifica della compatibilità con il dettato costituzionale.<sup>3</sup>

Il debole presupposto dal quale paiono muovere le considerazioni dei giudici che, avallando l'impianto ricostruttivo dei vari ricorrenti, propongono questione di legittimità costituzionale della normativa introduttiva dell'obbligo vaccinale, pare essere rappresentato dall'asserita violazione della dignità umana dei soggetti obbligati. Una tale impostazione interpretativa, però, si fonda su una fallacia argomentativa che presuppone una contrapposizione, e quasi una inconciliabilità, tra l'interesse pubblico (alla tutela della salute della collettività) e la dignità umana.

In realtà, tuttavia, conformemente a quanto previsto dall'ideale del *rule of*

<sup>2</sup> Cfr. A. MANZIONE, *I giudici e la pandemia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12 gennaio 2022.

<sup>3</sup> Cfr. Ordinanza del 14 marzo 2022 del Tribunale di Catania, Sezione Lavoro, e Ordinanza del 23 marzo 2022 del Tribunale di Brescia, Sezione Lavoro, che sollevano questione di costituzionalità in proposito e, interinalmente, riconoscono un assegno alimentare ai ricorrenti (nel primo caso esercenti professioni sanitarie e nel secondo caso docenti scolastici).

*law*<sup>4</sup>, l'interesse pubblico è concepito proprio per garantire la dignità umana. La ricostruzione del *rule of law* in termini verticali bidirezionali ed orizzontali<sup>5</sup>, infatti, risponde al disegno di un'interazione equa, di un *ethos* pubblico caratterizzato dal coordinamento tra soggetti liberi ed eguali, e promuove sia il rispetto della dignità umana di ciascuno, sia il legame che deve intercorrere tra i membri di una comunità che, proprio in ragione di questa appartenenza, sono connessi l'uno all'altro da relazioni di responsabilità reciproca.<sup>6</sup>

L'ideale del *rule of law*, perciò, risulta inestricabilmente connesso al concetto di dignità umana ed al principio di solidarietà, combinando questi fattori nell'individuazione degli obiettivi dell'azione della pubblica amministrazione cui sono affidati la tutela ed il perseguimento degli interessi della collettività. Nello specifico, tra i vari obiettivi che l'azione della pubblica amministrazione mira a perseguire rientra, senz'altro, quello di tutelare la salute della collettività, che è qualificabile come interesse pubblico primario.

Oltre all'azione pubblica, la tutela della salute collettiva richiama alla responsabilità sociale tutti i membri della comunità, facendo leva sul dovere morale e civico di ciascuno di contribuire al benessere della società, di cui è parte, secondo le sue capacità e le sue possibilità<sup>7</sup>. Se, infatti, nel peculiare contesto dell'emergenza

---

<sup>4</sup> In proposito, pur mancando una definizione universale di *rule of law*, sono stati numerosissimi, negli anni, i tentativi definitivi e gli studi che hanno approfondito questo concetto e il dibattito contemporaneo ne riconosce diffusamente la centralità come ideale giuridico per eccellenza che, più di ogni altro, incarna il concetto di diritto. Per una ricostruzione generale della complessità del panorama dottrinario in tema si rinvia a J. WALDRON, *The rule of law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cura di E. N. Zalta, Stanford, 2020; P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, in *Public law*, 3, 1997, 467 ss.; F. VIOLA, *Il rule of law come idea di società*, in *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. Acocella, Torino, 2020, 25 ss. Per un approfondimento sul concetto del *rule of law* nel diritto amministrativo si rinvia a G. NAPOLITANO, *The rule of law*, in *The Oxford Handbook of comparative administrative law*, a cura di P. Cane, H. C.H. Hofmann, E. C. IP, P. L. Lindseth, Oxford, 2021, 421 ss. Per un inquadramento teorico che permetta di comprendere il ruolo chiave del *rule of law* quale garanzia per i cittadini si rinvia a J. M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, (ed. ita. a cura di F. Viola), Torino, 1996.

<sup>5</sup> I. TRUJILLO, *The legal balance between liberty and equality*, in *Annals. Belgrade Law Review*, 3, 2021, 675 ss.

<sup>6</sup> I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2022, 87 ss.

<sup>7</sup> I doveri di solidarietà sono cristallizzati, nel nostro ordinamento, principalmente all'art. 2, comma secondo, della Costituzione, che prevede, oltre al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili, appunto anche l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Il concetto di solidarietà, però, risulta implicitamente richiamato anche in altre parti della Carta costituzionale – ad esempio negli articoli 48 (clausole sul dovere di voto), 53 (dovere di concorrere alle spese pubbliche), 30 (dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli). Più, in generale, comunque, la dottrina ha sottolineato come il dovere di solidarietà, nelle sue varie declinazioni, possa anche rappresentare un fondamento giustificatore di eventuali limiti imposti dalla stessa Costituzione al godimento di diritti di libertà. Per un approfondimento di carattere

genza sanitaria, alcuni possono contribuire in modo più sostanziale, mettendo al servizio degli altri le proprie competenze professionali, anche tutti gli altri appartenenti alla comunità possono e devono contribuire alla strategia di contrasto alla pandemia<sup>8</sup>. E devono farlo anche solo attraverso l'adozione di determinati comportamenti, come il distanziamento sociale, l'uso della mascherina, e la somministrazione dei vaccini, che però sono in grado di avere conseguenze importanti sul piano del contrasto alla pandemia.<sup>9</sup>

### 3. *Il ruolo dei giudici amministrativi*

Il rischio sanitario connesso all'insorgenza del virus COVID-19 e la sua diffusione sul territorio nazionale, nonché l'ampio ventaglio di atti adottati per far fronte a questa emergenza, hanno messo in risalto il ruolo del giudice (in particolare di quello amministrativo) quale baluardo di tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini a fronte dell'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione.<sup>10</sup>

Il ruolo del giudice, del resto, è quello di essere garante, in un ordinamento democratico e liberale, della corretta relazione tra poteri pubblici ed interessi privati. Questa relazione, che rappresenta un tema classico del diritto ammini-

---

generale sul tema si rinvia a V. TAMBURRINI, *I doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute*, in *Ianus*, 18, 2018, 25 ss; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016.

<sup>8</sup> Come ha ammonito il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nel suo discorso alla cerimonia di inaugurazione dell'Anno Accademico 2021-2022 dell'Università degli Studi di Pavia il 5 settembre 2021, ciascun membro della comunità dovrebbe avere la consapevolezza dell'importanza di salvaguardare la salute dei consociati e invocare la libertà per sottrarsi alla vaccinazione "equivale alla richiesta di licenza di mettere a rischio la salute altrui e in qualche caso di mettere in pericolo la vita altrui." Per un approfondimento sul valore che la somministrazione del vaccino assume nel sistema costituzionale si rinvia a L. LORELLO, *Obbligo vaccinale e limiti: una recente decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 103 ss.

<sup>9</sup> Al netto delle obiezioni più immaginifiche di stampo puramente complottista, alcune argomentazioni proposte dai sostenitori dei tesi *no-vax* si sono focalizzate sui dubbi relativi alla fase sperimentale ed alla possibilità di subire eventi avversi a seguito dell'inoculazione. In merito, tuttavia, sia il Ministero della Salute sia l'Istituto Superiore di Sanità, sia i numerosi studi scientifici in proposito hanno rimarcato come i vaccini attualmente autorizzati in Italia – *Comirnaty* di Pfizer-BioNtech; *Spikevax* (Moderna); *Vaxzevria* di AstraZeneca; *Janssen* (Johnson & Johnson); *Novaxovid* (Novavax) – siano stati autorizzati solo dopo un'attenta valutazione del profilo di sicurezza, in base agli studi effettuati nella fase di sperimentazione, e come, in ogni caso, il profilo di sicurezza venga continuamente monitorato anche dopo l'autorizzazione. Per un approfondimento sul tema si rinvia ai *Report* periodici dell'Agenzia italiana del farmaco sulla farmacovigilanza dei vaccini Covid-19. <https://www.aifa.gov.it/>

<sup>10</sup> Cfr. A. MANZIONE, *I giudici e la pandemia*, cit.

strativo su cui innumerevoli autori si sono cimentati, riguarda, secondo la ricostruzione tradizionale, da un lato, l'interesse pubblico originariamente collettivo (soggettivato nell'amministrazione e nel sistema pubblico complessivo nel quale l'amministrazione si articola in applicazione del principio di sussidiarietà cd. verticale) ed istituzionalmente perseguito con i mezzi previsti dall'ordinamento, e, dall'altro lato, gli interessi individuali dei singoli “*che possono convergere con l'interesse pubblico, che da esso possono semplicemente divergere, ma che, nella vicenda amministrativa e poi eventualmente processuale più studiata, con esso possono francamente contrastare.*”<sup>11</sup>

L'elemento di forte differenziazione tra l'interesse pubblico e quello privato è connesso alle forme di tutela sostanziale e giurisdizionale approntate dall'ordinamento. Per la tutela dell'interesse pubblico, che ha il carattere della storicità (dunque, viene individuato a livello normativo, sulla base della sensibilità politica del parlamento e del governo), l'ordinamento attribuisce all'amministrazione poteri autoritativi da utilizzare nel caso in cui, ad esempio, possa prefigurarsi un contrasto tra l'interesse pubblico e gli interessi privati o le risorse del mercato siano insufficienti, o incongrue, o comunque non utilizzabili, o vi siano un'urgenza e uno stato di necessità tali da rendere necessario un intervento immediato ed autoritativo<sup>12</sup>. Per la tutela dell'interesse privato, invece, occorre tenere presente quale rilevanza giuridica ad esso accordi l'ordinamento, che, pur nel rispetto delle esigenze dei singoli, deve sempre dare priorità al perseguimento del benessere dell'intera comunità.<sup>13</sup>

La situazione giuridica del privato, inoltre, si scompone ulteriormente in diritti soggettivi ed interessi legittimi, il cui principale *discrimen* è rappresentato dal livello di tutela accordato dall'ordinamento rispetto all'esercizio, da parte dell'amministrazione, di poteri autoritativi.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2010, 407 ss.

<sup>12</sup> Per un inquadramento generale sul tema, si rinvia alla manualistica di riferimento: G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Torino, 2020; F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021; D. STORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2021; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022.

<sup>13</sup> Per un approfondimento sul difficile bilanciamento tra interessi privati e poteri pubblici, si rinvia, tra gli altri, ai contributi di A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I vol., Napoli, 2010; A. CONTIERI (a cura di), *Vol. 1: Interesse pubblico e disegno organizzativo delle pubbliche amministrazioni: Palermo, 20-21 febbraio 2009. Interesse pubblico nell'esercizio della funzione di indirizzo politico: Cassino, 26-27 marzo 2009*, Atti di convegni, Napoli, 2010; A. CONTIERI (a cura di), *Interesse pubblico e principi di buone amministrazioni [sic]: Teramo, 23-24 ottobre 2009. La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e le ragioni dell'interesse pubblico: Siena, 12-13 giugno 2009*, Napoli, 2010; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi: autonomie locali e funzione amministrativa nella trasformazione della P.A.*, Padova, 1999; R. PAVONI, *Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, 2013; A. DE CHIARA, *Attività private, interesse pubblico e decisioni amministrative sulle liti*, Napoli, 2012.

<sup>14</sup> Cfr. A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 411.

Il criterio di riparto della giurisdizione, che garantisce al privato la possibilità di tutelare la propria posizione giuridica soggettiva, non si basa sulla differente natura delle situazioni giuridiche di cui sono titolari i cittadini, ma si ancora all'esistenza o meno del potere autoritativo esercitato dall'amministrazione, facendo rientrare nell'ambito della giurisdizione amministrativa le controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio di tale potere. La cognizione del giudice amministrativo adito, peraltro, riguarda la legittimità degli atti posti in essere dall'amministrazione e i vizi di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere<sup>15</sup>.

Ciò premesso, nel delicato contesto pandemico, ai giudici amministrativi è stato affidato il compito di valutare la legittimità dell'imposizione legislativa dell'obbligo vaccinale (anche in termini di compatibilità con la normativa costituzionale ed euro-unitaria) e di effettuare quel bilanciamento di valori a volte non compiutamente rinvenibile nella norma. Ciò ha messo in risalto la complessità e la delicatezza dell'attività ermeneutica tipica della loro funzione, ovvero la capacità di analizzare il caso concreto effettuando un ragionamento che identifica le caratteristiche giuridicamente rilevanti della situazione di fatto e le connette alle corrispondenti ragioni per agire.<sup>16</sup>

Ordinariamente, infatti, i giudici devono compiere uno sforzo ricostruttivo notevole che consiste, prima di tutto, nell'effettuare una disamina delle caratteristiche giuridiche di un caso concreto (distinguendo quelle accessorie da quelle essenziali) e, in secondo luogo, nell'individuare la connessione esistente tra le caratteristiche giuridiche essenziali e le possibili soluzioni del caso concreto. Sin dall'inizio della pandemia, però, questa attività ermeneutica si è ulteriormente complicata se si tiene conto della circostanza che, per effettuare i due passaggi appena menzionati, è fondamentale, oltre all'accurata conoscenza del diritto, anche una ragionevole percezione della realtà sociale che consenta di evidenziare quali effettivamente siano le caratteristiche giuridicamente rilevanti di una data questione di fatto.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Cfr. F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit. Rispetto a questa impostazione tradizionale, tuttavia, è doveroso rilevare che sono state avanzate altre interpretazioni, al momento minoritarie, ad opinione delle quali il sindacato del giudice amministrativo “non si limita alla legittimità ma si estende alla valutazione completa (alla opportunità) delle attività di esercizio del potere amministrativo; si estende, pertanto, al sindacato pieno delle scelte di discrezionalità amministrativa, consentendo di verificare appieno se esse corrispondono all'interesse pubblico concreto” che costituisce la somma degli interessi pubblici astrattamente rilevanti e degli interessi privati coinvolti. F. G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 1, 2021, 1 ss.

<sup>16</sup> Cfr. C. MICHELON, *Legalità e percezione della rilevanza giuridica*, in *Ars interpretandi*, 1, 2022, 33 ss.

<sup>17</sup> Tale capacità percettiva, declinata da alcuni autori in termini di saggezza pratica assume un ruolo chiave nel contesto dell'argomentazione giuridica; pur presentandosi come un attributo soggettivo, affinabile con l'esperienza, è sicuramente sensibile alla ricostruzione narrativa della realtà diffusa nel contesto sociale. Per un approfondimento si rinvia ad A. AMAYA, *Virtue and reason in Law*, in *New waves in philosophy of law*, a cura di M. Del Mar, Londra, 2011, 123 ss.

Un ulteriore elemento di complessità, poi, è rappresentato dal fatto che, nella maggior parte dei casi, l'esame dei fatti e delle situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico richiede il ricorso a cognizioni tecniche o scientifiche di carattere altamente specialistico. I provvedimenti amministrativi adottati nel contesto pandemico, infatti, sono caratterizzati da un'elevata discrezionalità tecnica e richiedono all'amministrazione di tenere in giusto conto sia il diritto sia la tecnica.<sup>18</sup>

Riguardo alla portata del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, la giurisprudenza amministrativa ha una posizione ormai consolidata e riconosce che la ponderazione del giudice nella valutazione sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi, frutto dell'esercizio della discrezionalità tecnica, sia piena, penetrante, effettiva, perciò in grado di garantire tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte, ma non sostitutiva, nella misura in cui il giudice non può agire al posto dell'amministrazione. Ciò che, invece, rientra nell'ambito dei poteri del giudice è la possibilità di censurare la valutazione chiaramente inattendibile dell'amministrazione, che si rivela essere il frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e, di conseguenza, la possibilità di annullare il provvedimento basato su di essa.<sup>19</sup>

Ebbene, al verificarsi dell'emergenza sanitaria, probabilmente, la ricostruzione della realtà offerta dalle correnti *pro-vax* e *no-vax*<sup>20</sup>, che si sono scontrate

---

<sup>18</sup> In proposito, il punto 64.1 Tar Sardegna, Sez. I, sentenza del 19 agosto 2021 n. 604, ha messo in evidenza che le valutazioni svolte dall'organo amministrativo si fondano su regole e concetti richiamati dalla disciplina normativa, ma trascendenti il diritto stesso, in quanto propri di scienze non esatte. Tali valutazioni, peraltro, sono spesso molto complesse e, per questo motivo, sono caratterizzate da un margine di opinabilità, dunque, a fronte delle possibili soluzioni offerte dalla scienza, l'amministrazione deve saper individuare quale sia la scelta migliore per tutelare i bisogni della collettività.

<sup>19</sup> La giurisprudenza ha consolidato uno schema del ragionamento che il giudice amministrativo deve seguire quando è chiamato a decidere su casi che implicano l'esercizio della discrezionalità tecnica dell'amministrazione: "a) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche; b) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo. c) devono ritenersi superati ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto." Punto 64.3 della sentenza Tar Sardegna 19 agosto 2021, n. 604 che richiama, a sua volta, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 maggio 2002, n. 2334.

<sup>20</sup> Per un approfondimento critico sulle due posizioni si veda G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4, 2021, 333 ss.

ponendosi in netta contrapposizione tra loro, ha pesato in modo particolare nella scelta delle argomentazioni giuridiche utilizzate dai giudici chiamati a dirimere controversie connesse all'obbligo vaccinale. Anche il giudice amministrativo, infatti, è un membro della collettività e, come tale, “*non è immune dallo stato in cui essa si trova. La crisi delle istituzioni non può che colpire anche il giudice amministrativo, che non vive certo in un mondo astratto o a sé stante.*”<sup>21</sup>

Inoltre, sebbene le decisioni giurisdizionali non possano e non debbano mai essere decisioni politiche, non è tuttavia possibile evitare che, in un contesto come quello della pandemia, l'annullamento di un atto amministrativo apra un dibattito sulla valenza politica dell'intervento giurisdizionale.<sup>22</sup>

### 3.1. *La sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato*

Di sicuro, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 20 ottobre n. 7045 ha rappresentato una pietra miliare in questo senso, un vero punto di riferimento per i tanti giudici che sono stati chiamati a decidere controversie relative all'applicazione ed alla legittimità dell'obbligo vaccinale nel contesto pandemico.

Questa sentenza<sup>23</sup>, difatti, muove dalla lucida individuazione delle caratteristiche giuridicamente rilevanti della situazione di fatto, propria del corretto esercizio della funzione giudicante, e articola con chiarezza e intelligibilità il percorso motivazionale della decisione.

Il caso di specie riguardava un appello, proposto per la riforma di una sentenza di primo grado, resa in forma semplificata dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia, che dichiarava inammissibile il ricorso collettivo e cumulativo proposto in primo grado contro gli atti con i quali le Aziende Sanitarie friulane avevano dato applicazione alle disposizioni normative in tema di obbligo vaccinale, così come previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, conv. con mod. in l. n. 76 del 2021. Avverso questa sentenza di primo grado, gli interessati avevano proposto appello al Consiglio di Stato, deducendone l'errore del giudizio per cinque motivi<sup>24</sup> ed avevano colto l'occasione per riproporre

<sup>21</sup> Intervento del Presidente della Sez. VI del Consiglio di Stato C. VOLPE, *Tribunali Amministrativi Regionali: cinquanta anni di esperienza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2022, 320 ss.

<sup>22</sup> Cfr. S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. Una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2019, 1285 ss.

<sup>23</sup> Che pure è stata in parte criticata dagli studiosi perché “*seguita a mantenersi nel solco della tradizione teorica favorevole a preservare fino in fondo – pure in una drammatica situazione di emergenza, qual è quella segnata dalla pandemia in corso – la libertà di apprezzamento del legislatore, a far salvo dunque l'antico mito o dogma della legge quale atto libero nel fine, politico pleno iure insomma.*” A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 64.

<sup>24</sup> I cinque motivi di ricorso sono sintetizzati al punto 6 della sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato, ove si specifica che la richiesta, in via principale, era quella di “*accogliere il ricorso*

in secondo grado anche le dieci censure di illegittimità dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, già articolate in primo grado e non esaminate nel merito dal Tribunale.

L'appello viene ritenuto in parte fondato dal Consiglio di Stato, il quale riconosce l'ammissibilità del ricorso in primo grado, ma respinge comunque la richiesta dei ricorrenti nel merito e si addentra nella disamina delle dieci censure di illegittimità dell'art. 4 del d.l. n. 44 /2021 avanzate dai ricorrenti.

Ragionando su queste ultime, la Corte elabora un percorso logico-argomentativo che si sofferma sulla natura non sperimentale del trattamento, sull'affidabilità della procedura di autorizzazione del farmaco, sull'efficacia dei vaccini e sulla loro sicurezza, e culmina con l'affermazione della piena legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale ex art. 4. d.l. n. 44/2021, imposto agli operatori sanitari nell'ambito delle strategie di contenimento e contrasto alla pandemia.

Tutto ciò, però, è reso possibile dalla nitida delimitazione della questione oggetto della decisione che riguarda la valutazione del rapporto costi/benefici relativo alla somministrazione dei quattro vaccini contro il SARS-CoV-2, all'epoca disponibili sul mercato ed utilizzati su larga scala in Italia. Il Consiglio, infatti, ancora la propria ricostruzione all'evoluzione della giurisprudenza Costituzionale in merito ed afferma con decisione che, nel bilanciamento tra l'autodeterminazione individuale e la tutela della salute pubblica, non vi è alcuno spazio legittimo per la c.d. "esitazione vaccinale".

Nella motivazione della sentenza, infatti, emerge con chiarezza che l'obbligatorietà della vaccinazione rileva come questione generale di interesse pubblico e, a supporto di questa impostazione, vengono richiamati concetti essenziali del *rule of law*, come il principio solidaristico e il rapporto tra la conoscenza – e, dunque, l'informazione e il suo contrario, la disinformazione – e la democrazia.

Richiamando la sentenza della Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5 del sulle vaccinazioni obbligatorie (re)introdotte dal d.l. n. 73 del 2017, il Consiglio di Stato evidenzia che, in un ordinamento democratico, la scelta tra la tecnica della persuasione<sup>25</sup> e quella dell'introduzione di un apposito obbligo è affidata

---

*e, per l'effetto, di annullare la sentenza impugnata e, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., di rimettere la causa al primo giudice, anche al fine di proporre motivi aggiunti, dal primo giudice, a loro dire, illegittimamente impediti, oppure di riformare la sentenza impugnata, nel merito, e accogliere il ricorso di primo grado; in via subordinata, di rimettere, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., all'Adunanza plenaria l'esame della questione, anche in considerazione dei principi generali che essa involge, se l'art. 60 c.p.a. consenta al giudice di pronunciare in forma semplificata anche laddove sia intervenuta una espressa dichiarazione di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare da parte dei ricorrenti; in via di estremo subordine, accogliere il quinto motivo di appello e, per l'effetto, di compensare le spese del giudizio di primo grado. 6.1. Gli appellanti hanno altresì richiesto, insieme all'annullamento o alla riforma della sentenza impugnata con il conseguente risarcimento dei danni, anche la sospensione della sua esecutività ai sensi dell'art. 98 c.p.a."*

<sup>25</sup> Distaccandosi dalla strategia di regolazione tradizionale basata sul concetto di *law as guidance* (che ancora il potere normativo al modello del *command and control*), la *nudge regulation* può rappresentare una valida alternativa per il legislatore che intenda puntare sull'esercizio di un

alla discrezionalità ed alla sensibilità del legislatore, tenendo presente che, in linea teorica, l'introduzione di una legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione italiana.<sup>26</sup> Tale compatibilità, per l'appunto, è valida al ricorrere di tre condizioni: 1) il trattamento ha una valenza terapeutica sia individuale sia collettiva; 2) il trattamento non incide negativamente sullo stato di salute di chi deve sottoporvisi e le eventuali conseguenze appaiono normali e tollerabili; 3) nell'ipotesi di danno ulteriore, il soggetto che si è sottoposto al trattamento ha diritto ad una equa indennità che deve essere corrisposta a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria.

Il Consiglio di Stato, poi, compie un passo ulteriore e, pur riconoscendo la validità del presupposto scientifico di ordine generale in base al quale *“il vaccino, come tutti i farmaci, non può essere considerato del tutto esente da rischi”*, è granitico nel riconoscere *“un rapporto rischio/beneficio favorevole che, allo stato delle conoscenze scientifiche, delle sperimentazioni eseguite, degli studi clinici e dei dati disponibili, non è dissimile da quella dei vaccini tradizionali.”* Ciò, afferma il Consiglio, è vero nonostante ad oggi non si disponga di tutti i dati completi per valutare compiutamente il rapporto rischio/beneficio nel lungo periodo e debba essere accettato un rischio ineliminabile afferente al c.d. *“ignoto irriducibile”*. La continua ridefinizione degli obiettivi e delle strategie viene identificata dai giudici come un tratto caratteristico della legislazione in tema di pandemia e viene poi connessa alla *“riserva di scienza alla quale il decisore pubblico sia a livello normativo che amministrativo deve fare necessario riferimento nell'adottare le misure sanitarie atte a fronteggiare l'emergenza epidemologica”*.<sup>27</sup>

Le tesi dei ricorrenti, pertanto, vengono approfondite punto su punto, seguendo un ragionamento saldamente ancorato alla realtà scientifica e pandemica che, nella consapevolezza dell'esigenza immediata di intervento, ammette la flessibilità dell'azione pubblica, chiamata ad anteporre la tutela della salute della comunità (ed in particolare dei suoi soggetti più fragili) alla certezza assoluta della sicurezza dei vaccini.

---

potere di influenza adatto per pungolare gentilmente i cittadini, senza imporre sanzioni, a porre in essere comportamenti volti ad aumentare il proprio benessere e ad incidere positivamente sulla collettività. Per un approfondimento sulla *nudge regulation* si rinvia a R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità* (trad. it. a cura di A. Oliveri), Milano, 2009; A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021.

<sup>26</sup> In proposito, si rinvia alla giurisprudenza della Corte costituzionale e, in particolare, alle sentenze del 18 gennaio 2018 n. 5, del 23 giugno 1994 n. 258, e del 22 giugno 1990 n. 307.

<sup>27</sup> Con un accenno alle argomentazioni *no-vax*, poi, la Corte tenta di inquadrare la situazione nella giusta prospettiva affermando che non spetta al singolo individuo, *“ancorché dotato di proprie personali competenze e di un sapere asseritamente superiore, a forgiarsi una cura da indicare alla scienza e al legislatore, costruendosi una cura “parallela”, “propria”, “privata”, non controllabile da alcuno e non verificabile in base ad alcun criterio scientifico di validazione”*.

### 3.2. *L'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*

Diversamente, l'ordinanza collegiale istruttoria n. 38 del 17 gennaio 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS), non pare essere il frutto di un'eshaustiva ricostruzione logico-interpretativa della questione.

In questa ordinanza, infatti, il CGARS tende ad utilizzare il caso di specie come pretesto per promuovere una censura dell'obbligo vaccinale, inteso in senso generale, esasperando i meccanismi tipici del ragionamento giudiziario.

La censura principale dell'appellante<sup>28</sup>, volta a contestare la legittimità di un provvedimento amministrativo lesivo della sua sfera giuridica, viene liquidata rapidamente ritenendone l'infondatezza e si riconosce, senza particolare difficoltà, che il caso dell'appellante non rientra tra quelli in cui, sussistendo un accertato pericolo per la salute, ricorre un'eccezione all'obbligo di vaccinazione. Se il Collegio avesse ritenuto manifestamente infondate le questioni di costituzionalità avanzate dal ricorrente, tanto sarebbe stato probabilmente già sufficiente per decidere in forma definitiva la questione.

Il giudice amministrativo, invece, esponendo le ragioni per le quali ritiene non sovrapponibile la vicenda in esame con quella oggetto della sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato<sup>29</sup>, prende spunto dalle argomentazioni del ricorrente<sup>30</sup>. Dopo aver ricostruito il quadro dei principi definiti dalla giuri-

---

<sup>28</sup> L'appello è stato proposto da uno studente iscritto al corso di Laurea d'Infermieristica presso l'Università degli Studi di Palermo il quale, obbligato a partecipare al tirocinio formativo all'interno delle strutture sanitarie universitarie o con la stessa convenzionate, rifiuta di sottoporsi al vaccino affermando di non esservi tenuto e di aver maturato "un'immunità naturale" avendo già avuto la malattia. Il Rettore, però, tenuto conto delle linee guida ministeriali in materia, aveva in precedenza fornito alla Comunità Accademica le disposizioni relative allo svolgimento delle attività didattiche e di prevenzione della diffusione del virus SARS-COV-2: dunque, era stato disposto che, allo svolgimento dei tirocini curriculari dell'area medico-sanitaria in presenza, potessero accedere solo gli studenti vaccinati con ciclo completo. Al rifiuto dello studente di sottoporsi al vaccino, e, aveva fatto seguito un provvedimento dell'Università che gli negava l'accesso alle strutture sanitarie universitarie dove svolgere il tirocinio.

<sup>29</sup> Il CGARS ritiene che, nonostante siano intercorsi pochi mesi dalla pronuncia del Consiglio di Stato, si sia in presenza di un quadro sanitario parzialmente diverso da quello oggetto della sentenza n. 7045/2021 in quanto caratterizzato, da un lato, dalla diffusione della variante *omicron* e, dall'altro, dalla necessità di ripetute e ravvicinate somministrazioni conseguenti alla ridotta efficacia temporale dei vaccini.

<sup>30</sup> L'argomento di maggior peso opposto dal ricorrente è quello per cui i vaccini in circolazione avrebbero ancora carattere sperimentale, il che non sarebbe compatibile con la prescrizione dell'obbligo di sottoporvisi per talune categorie di persone. Ciò, asserisce il ricorrente, sarebbe contrario alla normativa dell'Unione europea introdotta dal regolamento 2021/953 del 14 giugno 2021 ed all'art. 32, ultimo comma, della Costituzione, laddove stabilisce che la disciplina legislativa con cui è previsto un trattamento sanitario obbligatorio non può in nessun caso violare i

sprudenza della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie ed aver fatto richiamo a strumenti di *soft law* internazionale (come la Risoluzione n. 2361/2021 del Consiglio d'Europa ed il "Trattato" di Norimberga del 1947), attua, dunque, una strategia argomentativa nell'ambito della quale, per formare un proprio convincimento sulla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità proposte dal ricorrente, formula numerosi quesiti rivolti ad un organo verificatore<sup>31</sup> per l'individuazione degli elementi istruttori che ritiene di dover acquisire.

Certamente, il giudice si trova dinanzi ad una disciplina sull'obbligo vaccinale che appare lacunosa e sente di essere chiamato ad affrontare il nodo della sua ragionevolezza. Tuttavia, le perplessità che ha destato questo approccio ricostruttivo sono state numerose e la dottrina non ha mancato di attirare l'attenzione su diversi passaggi piuttosto critici dell'ordinanza.

È stato evidenziato, ad esempio, che alcune delle fonti che l'ordinanza pone alla base dell'*iter* argomentativo non rappresentano, in realtà, fonti cogenti nell'ordinamento italiano<sup>32</sup>, ed anche che alcuni dei dubbi, espressi dal CGARS sulla compatibilità tra la normativa dell'obbligo vaccinale ed il dettato dell'articolo 32 della Costituzione, si fondano su passaggi argomentativi tratti dalla sentenza del 14 giugno 1990 n. 307 della Corte Costituzionale, che però, nel testo originale della sentenza richiamata, esplicitano considerazioni in un senso del tutto diverso rispetto a quelle formulate dal CGARS.<sup>33</sup>

Più in generale, poi, appare controversa la scelta di subordinare, alle risultanze di un'istruttoria particolarmente articolata ed approfondita, la decisione sulla sussistenza o meno della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, eccettata dal ricorrente.

Tenuto conto del fatto che i parametri fissati dalla Corte costituzionale in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria in ambito vaccinale sono ben chiari<sup>34</sup>, il CGARS pare disconoscere, in capo agli organi

---

limiti imposti dal rispetto della persona umana. Cfr. A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, cit., 15.

<sup>31</sup> Composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il medesimo Ministero e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria del Ministero della Salute.

<sup>32</sup> Come sottolineano A. SCIORTINO, *Obbligo vaccinale e discrezionalità legislativa: a proposito delle ordinanze CGARS nn. 38 e 351 del 2022*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 123 ss., in merito alla non vincolatività delle risoluzioni adottate dal Consiglio di Europa, e G. CORSO, *Un manifesto giudiziario no vax?*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 1 ss., in merito all'inesistenza di un vero e proprio "Trattato" di Norimberga.

<sup>33</sup> Cfr. A. SCIORTINO, *Obbligo vaccinale e discrezionalità legislativa: a proposito delle ordinanze CGARS nn. 38 e 351 del 2022*, cit.

<sup>34</sup> "La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie è salda nell'affermare che l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute della singola persona (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto delle altre persone e con l'interesse della collettività. In particolare, la Corte ha precisato che – ferma la necessità che l'obbligo vaccinale sia imposto con legge – la

di governo sanitario, l'uso di una discrezionalità ragionevole e proporzionata<sup>35</sup>. Inoltre, da un lato, non utilizza i propri poteri istruttori in modo neutrale al fine di accertare i fatti oggetto della causa (avviando un'indagine istruttoria estremamente puntuale sulle concrete modalità di svolgimento del rapporto medico-paziente e dell'azione di farmaco-vigilanza, ma fondata su quesiti strutturati in modo tale da lasciar trasparire una posizione scettica rispetto alla politica vaccinale), dall'altro, sembra travalicare il suo ruolo nella qualità di giudice che rimette una questione di legittimità costituzionale alla Corte Costituzionale (rendendo valutazioni di carattere astratto e generale sulla sospetta incostituzionalità della normativa intesa "a provare" piuttosto che "dubitare" della fondatezza della questione").<sup>36</sup>

Ad uno sguardo attento, del resto, non sfugge come la formulazione particolarmente approfondita dei quesiti ed il numero impressionante degli stessi abbiano lo scopo di oltrepassare lo standard richiesto dalla semplice prova della non manifesta infondatezza, per giungere quasi all'affermazione della manifesta fondatezza della questione di legittimità costituzionale, con il rischio, tuttavia, di interpretare impropriamente il ruolo del giudice rimettente "con conseguenti, altrettanto improprie, «strozzature limitative della funzione riservata alla Corte Costituzionale»".<sup>37</sup>

Ciò sembra ancor più inusuale se si tiene conto del fatto che la contestazione appare rivolta, in astratto, all'obbligo vaccinale in senso generale per come istituito dalla legge. Sembra quindi che il CGARS intenda dimostrare, in mancanza di una piena certezza scientifica sull'inesistenza di rischi e sulla presenza di benefici per la salute individuale, l'assenza di discrezionalità legislativa nel bilanciare rischi e benefici in tema di imposizione di trattamenti sanitari obbligatori (quali sono i vaccini obbligatori contro il virus SARS-COV-2). Il contrario, cioè, di ciò che aveva sostenuto il Consiglio di Stato nella sentenza n. 7045/2021, in occasione della quale la Corte aveva chiarito l'impossibilità di bilanciare il noto con l'ignoto.<sup>38</sup>

---

*legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. alle seguenti condizioni: (i) se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; (ii) se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili"; (iii) e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)."*  
Cit. da punto 8.3 dell'ordinanza n. 38/2022 del CGARS.

<sup>35</sup> Cfr. M. R. SPASIANO, *Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e altre questioni in tema di obbligo vaccinale*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 15 ss.

<sup>36</sup> *Ibidem*, 9.

<sup>37</sup> B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in *CERIDAP. Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 1, 2022, 130. Per un approfondimento sul tema della valutazione della non manifesta infondatezza si rinvia a F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, "Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972.

<sup>38</sup> In proposito, come rilevato da A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della*

Nonostante tutti i su esposti rilievi critici, comunque, all'esito dell'integrazione istruttoria richiesta con l'ordinanza n. 38/2022, il CGARS, persuaso della non manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità rilevate, ha poi deciso, in data 22 marzo 2022, di promuovere ricorso incidentale di costituzionalità, ad oggi ancora pendente.

#### 4. *Conclusioni*

L'obiettivo originario che il legislatore ha tentato di perseguire, introducendo l'obbligo vaccinale nell'ambito della strategia di contenimento e contrasto della pandemia da COVID-19, va individuato nella tutela della salute pubblica, intesa in senso ampio, e nella garanzia del corretto funzionamento delle strutture sanitarie.

Il panorama scientifico di riferimento, tuttavia, era (ed è tuttora) notevolmente fluido ed in costante aggiornamento, mentre la discussione sulle strategie da porre in essere è progressivamente uscita da un contesto accademico e scientifico ed è diventata oggetto di un acceso dibattito pubblico. La questione, del resto, incide in modo penetrante sulla vita di ciascun cittadino e richiede ad ognuno di elaborare in coscienza una propria opinione.

Il ponderato e razionale bilanciamento tra gli interessi in gioco e le strategie idonee a raggiungere gli obiettivi considerati prioritari nell'interesse della collettività, tuttavia, è stato spesso sostituito dalla reazione impulsiva e viscerale alla paura dell'incognito e della malattia (spesso fomentate da informazioni distorte e/o poco chiare che hanno generato confusione nella popolazione). Tutta la popolazione, poi, è stata estremamente provata dalle restrizioni che hanno avuto effetti pesanti sul benessere economico, sociale e psicologico delle persone ed hanno danneggiato economicamente molte aziende.

Al netto delle critiche più irragionevoli avanzate dal fronte oltranzista *no-vax*, che rasentano il complottismo ed il cospirazionismo, è dunque innegabile che le politiche normative adottate abbiano prestato il fianco, in alcuni casi, a critiche più o meno sensate e più o meno radicali. Allo stesso tempo, peraltro, resta ancora il dubbio sulle argomentazioni che hanno frenato il legislatore dall'introdurre un obbligo vaccinale generalizzato<sup>39</sup>, che pure rappresenterebbe un'opzione compatibile con il dettato costituzionale.

---

*teoria della Costituzione*, cit., 10, “a portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti la tesi scettica che si appella alla ignoranza del futuro che potrebbe esserci riservato in conseguenza della somministrazione dei vaccini, non rimarrebbe che l'alternativa della mancata somministrazione stessa, con i sicuri e disastrosi effetti che però se ne avrebbero per l'intera umanità?”.

<sup>39</sup> Scelta che, peraltro, pare condivisa in seno alla Comunità internazionale. Per un approfondimento si rinvia a R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 6 settembre 2021.

La questione vaccinale, in altri termini, è stata fortemente politicizzata, rendendo difficile l'adozione di una prospettiva lucida basata sui fatti e persino l'alta mortalità tra i non vaccinati, che rappresenta un dato tragico ed evitabile<sup>40</sup>, è diventata oggetto di discussione.

Ciò che il fragile contesto pandemico ha messo in evidenza, tuttavia, è l'importanza di rimanere saldamente fedeli all'ideale del *rule of law* che, nei sistemi giuridici moderni, guida le dinamiche del rapporto tra legislazione, potere amministrativo ed esercizio della giurisdizione.<sup>41</sup>

A tal proposito, si è scelto di segnalare il ruolo centrale giocato dai giudici, in particolare quelli amministrativi, nel garantire che l'esercizio del potere amministrativo pervenga ad un corretto bilanciamento tra gli interessi pubblici e quelli privati, e si è attirata l'attenzione su due importanti decisioni degli organi della giustizia amministrativa mettendo in rilievo come, rispetto alla più recente pronuncia, sorgano, invero, alcune significative perplessità.

Se infatti è imprescindibile che, per poter svolgere compiutamente la propria funzione, il giudice abbia pieno accesso al fatto al fine di verificarne la sussistenza, ciò non può e non deve rappresentare un espediente attraverso il quale il giudice arrivi a sostituirsi alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

La contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma, che rappresenta un passaggio diverso rispetto all'accertamento del fatto e rientra nel suo apprezzamento, dà vita ad un sindacato sulla legittimità delle ponderazioni dell'amministrazione (espressione della discrezionalità tecnica) che deve essere pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo, nella misura in cui, appunto, non è ammissibile la completa sostituibilità della valutazione del giudice a quella dell'amministrazione.<sup>42</sup>

In altri termini, dunque, al giudice è affidata la verifica della ragionevolezza, della coerenza e dell'attendibilità delle scelte compiute dall'amministrazione, ma,

---

<sup>40</sup> L'analisi dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS) relativa all'impatto della vaccinazione nel prevenire nuove infezioni, ricoveri in terapia intensiva e decessi, aggiornata al 10 agosto 2022, evidenzia che:, nella fascia di popolazione di 12 anni e oltre, il tasso di mortalità standardizzato per età, relativo alla popolazione di età  $\geq 12$  anni, nel periodo 17 giugno – 17 luglio 2022, per i non vaccinati risulta circa tre volte e mezzo più alto rispetto ai vaccinati con ciclo completo da  $\leq 120$  giorni (29,6 vs 8,4 decessi per 100.000 ab.) e circa sei volte e mezzo più alto rispetto ai vaccinati con dose aggiuntiva/booster (4,7 decessi per 100.000 ab.). Per ulteriori approfondimenti si rinvia al sito internet del Ministero della Salute (<https://www.salute.gov.it>), dell'Istituto Superiore di Sanità (<https://www.iss.it>) e della Fondazione GIMBE <https://www.gimbe.org>).

<sup>41</sup> Come mette in evidenza A. ZITO, *Pandemia ed obbligo vaccinale: lo stato dell'arte del dibattito dottrinale nel prisma dell'ordinanza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia n. 38/2022*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 276, “solidarietà, razionalità, precauzione e trasparenza sono concetti “chiave” per analizzare, comprendere e giudicare ciò che è accaduto sia a livello normativo sia a livello della complessiva azione di Governo finalizzata a contrastare e contenere gli effetti della pandemia.”

<sup>42</sup> Cfr. sentenza Tar Sardegna, n. 604/2021, punto 66.

ogni volta in cui sia stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi. E ciò anche quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione, pur essendo uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato.<sup>43</sup>

Più in generale, poi, è necessario, come si è detto, che il giudice analizzi il caso concreto senza preconetti, effettuando un ragionamento che identifica le caratteristiche giuridicamente rilevanti tipiche della situazione di fatto e le connette alle corrispondenti ragioni per agire. Questo metodo è chiaramente incompatibile con il ragionamento che, piuttosto che partire dall'analisi del caso concreto, inquadrandolo negli schemi giuridici predisposti dalle norme e giungendo, poi, all'identificazione delle soluzioni, parte invece dal risultato che si vuole conseguire o da una ricostruzione preimpostata, indagando il caso attraverso una lente distorta che mette in evidenza solo gli aspetti utili alla ricostruzione preferita dal soggetto il quale pone in essere l'analisi.

Nel caso dell'ordinanza del CGARS n. 38/2022, la percezione è che le argomentazioni e le richieste istruttorie del Collegio siano strutturate in modo da blindare, sul piano tecnico-scientifico, la valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità avanzata dal ricorrente<sup>44</sup>. Il giudice amministrativo, in questo caso, sembra dunque eccessivamente influenzato da una ricostruzione della realtà fortemente legata alle tesi più critiche rispetto alla gestione della pandemia e da esse prende visibilmente spunto per analizzare la vicenda e formulare una serie di quesiti estremamente lunga, complessa e "pesante" che rischia di mettere in dubbio la sua terzietà come organo giudicante e di trasformare la pronuncia in un manifesto *no-vax*.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Cfr. sentenza Tar Sardegna, n. 604/2021 e sentenza Consiglio di Stato, Sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601.

<sup>44</sup> Cfr. E. CAVASINO, *Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio a quo, rilevanza e non manifesta infondatezza della questione ed effetti sull'istruttoria nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 207 ss.

<sup>45</sup> Come ha criticamente rilevato G. CORSO, *Un manifesto giudiziario no vax?*, cit., pur predisponendo un'istruttoria ad ampio spettro il CGARS si focalizza solo su determinati aspetti, come i dati sul numero dei ricoveri e dei decessi dei contagiati), mentre intenzionalmente esclude altri aspetti parimenti determinati nell'ottica del bilanciamento tra libertà individuale e interesse pubblico, come ad esempio quelli relativi ai ricoveri e ai decessi dei contagiati non vaccinati.

### Abstract

Il presente contributo analizza due pronunce giurisdizionali (la sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato e l'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana) confrontando la tecnica argomentativa utilizzata dalle Corti in due vicende relative all'introduzione normativa dell'obbligo vaccinale.

Il punto di partenza dell'indagine è rappresentato dalla ricostruzione della rapida evoluzione del quadro normativo in tema e dall'inquadramento teorico dell'obbligo vaccinale come espressione del principio di solidarietà, intimamente connesso ad una visione dello Stato di diritto come ideale giuridico essenziale per garantire la dignità umana.

Successivamente, il *focus* si sposta sulla centralità del ruolo del giudice amministrativo e sulla necessità di attribuire un ruolo chiave, nell'esercizio corretto della funzione giudicante, alla lucida ed imparziale individuazione delle caratteristiche giuridicamente rilevanti di una situazione di fatto.

In questo contesto, si evidenzia, dunque, come la sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato, che si allinea ai precedenti della Corte Costituzionale riconoscendo la necessità di ammettere un margine di flessibilità nell'azione pubblica per assicurare la tutela della salute della collettività nel contesto pandemico, segua un ragionamento fortemente ancorato alla realtà scientifica della pandemia, e come, invece, l'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana sembri valutare i fatti in maniera non neutrale, arrivando ad estenderne la portata dei propri poteri istruttori al di fuori dei limiti ordinari ed operando un controllo sulla fondatezza delle questioni di legittimità proposte dal ricorrente che spetta invece alla Corte Costituzionale

The public interest as a balance between politics and administration:  
the case of mandatory vaccination during the Covid-19 pandemic

This paper analyses two rulings, one – *sentenza no. 7045/2021* – pronounced by the *Consiglio di Stato* (the highest Administrative Court in Italy) and one – *ordinanza no. 38/2022* – pronounced by the *Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana* (the Administrative Justice Court for the Sicilian Region), comparing the argumentative technique used by the two courts in the context of the rapidly evolving regulatory framework of the vaccination mandate.

The starting point of the investigation is the reconstruction of the vaccination mandate as an expression of the principle of solidarity, intimately connected to a vision of the rule of law as an essential legal ideal to guarantee human dignity.

Subsequently, the focus shifts to the centrality of the role of administrative judges in the protection of public interests and the need to move from a lucid

and impartial identification of the legally relevant characteristics of a factual situation in order to properly exercise the judicial function. These considerations are key in analysing the two rulings: the *sentenza no. 7045/2021* of the *Consiglio di Stato*, in fact, aligns with the precedents of the *Corte Costituzionale* (Constitutional Court) and follows a reasoning strongly based on the scientific reality of the pandemic, recognising the need for flexibility in public action when prioritizing the protection of public health; conversely, the *ordinanza no. 38/2022* of the *Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana* appears to evaluate the facts in a partisan way, even going as far as extending its reach beyond its judicial authority on a matter that should instead be under the jurisdiction of the *Corte Costituzionale*.

# Il problema dei problemi: emergenza e ordinamento giuridico. Spunti sui risvolti ordinamentali dell'emergenza pandemica da Covid-19

di Nicola Brignoli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sui concetti di necessità, emergenza ed eccezione. – 2.1. (*Segue*) Stato di necessità, stato di emergenza e stato di eccezione. – 3. Emergenza ed eccezione nell'ordinamento giuridico repubblicano. – 4. Il potere amministrativo d'emergenza. – 5. Alcune conclusioni.

## 1. Premessa

Nel corso del 2020, il nostro Paese si è trovato a dover fronteggiare una situazione di emergenza senza precedenti nella storia recente, causata dalla rapida diffusione di una malattia infettiva virale, la quale, inizialmente circoscritta al territorio dell'Estremo Oriente, è ben presto divenuta una pandemia globale. Tale situazione ha inevitabilmente sottoposto ad un forte stress<sup>1</sup> istituzionale l'assetto del nostro ordinamento e il suo delicato equilibrio.

Nella difficoltà ad individuare gli strumenti e le azioni migliori per fronteggiare un'emergenza di questo tipo<sup>2</sup>, il Governo italiano ha deciso di ricorrere all'emanazione di atti primari e secondari di differente natura<sup>3</sup>, i quali si sono talvolta sovrapposti e contraddetti e talaltra si sono rivelati attuativi o derogatori di disposizioni già vigenti<sup>4</sup>. Tutto ciò sembra essere avvenuto senza una direttrice certa e univoca<sup>5</sup>, e in un contesto nel quale il tempo della regola è sembrato prevalere su quello dei principi.

Emblematica dell'incertezza generata dall'emergenza è stata la scelta di uti-

---

<sup>1</sup> Secondo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2020, 109, si tratta, più nello specifico, di uno «stress del nostro sistema delle fonti», che prende avvio il 31 gennaio 2020, quando il Consiglio dei ministri, con delibera pubblicata in G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26, adotta la «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

<sup>2</sup> Il richiamo è a A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, special issue n. 1, 2020, 2, secondo cui «il diritto è chiamato a fronteggiare un'emergenza che è globale e locale al tempo stesso, in bilico tra due rischi: l'insufficienza delle misure, con i rischi di collasso del sistema sanitario e delle esigenze di prevenzione; oppure una eccessività delle medesime, con rischi enormi ed incalcolabili per il sistema economico e sociale».

<sup>3</sup> Per un quadro completo e sempre aggiornato della normativa inerente all'emergenza da Covid-19 si rimanda alla «Raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», consultabile nel sito *www.gazzettaufficiale.it*.

<sup>4</sup> In tal senso, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 4 aprile 2020.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

lizzare un atto di natura ambigua e di difficile classificazione, come il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, già oggetto di abuso in periodi ordinari<sup>6</sup> e divenuto il simbolo della situazione patologica vissuta dal nostro Paese. Atti normativi maggiormente apparsi come l'espressione di quella cultura dell'uomo solo al comando che ha generato il "protagonismo" di organi monocratici, quali il Presidente del Consiglio dei Ministri e i Presidenti di Regione, con l'effetto di mettere quasi del tutto da parte il valore della collegialità, proprio del Parlamento, del Consiglio dei Ministri e dei Consigli regionali, e tanto caro ai nostri Padri costituenti.

L'emergenza da Covid-19 ha contribuito, inoltre, ad incrementare le tensioni già presenti nei rapporti tra centro e periferia. Tensioni dovute ad un assetto di competenze costituzionali, delineato dall'articolo 117 Cost., come modificato a seguito della c.d. riforma del Titolo V<sup>7</sup>, tutt'altro che chiaro e funzionale<sup>8</sup>,

---

<sup>6</sup> A tal riguardo si noti come i dPCM rappresentino uno degli atti di più complessa definizione e difficile raffrontabilità con l'ordinamento ed, in particolare, con il sistema delle fonti. Un primo problema si riscontra nella oggettiva difficoltà di individuazione dei decreti emanati, dal momento che una quota rilevante di dPCM non viene pubblicata in Gazzetta Ufficiale, e, fra quelli pubblicati, vengono numerati soltanto quelli che si autoqualificano come "regolamenti". Non solo, un ulteriore elemento problematico è rappresentato dalla disomogeneità del procedimento di approvazione, che si discosta ampiamente da quello previsto dall'articolo 17 della legge n. 400/1988. Infine, un ultimo aspetto peculiare è quello della qualificazione dell'atto, poiché "decreto" è solamente un *nomen iuris* formale, idoneo a ricomprendere al suo interno sia contenuti amministrativi che normativi. Pertanto, nel nostro ordinamento, si sono ormai affermati atti sostanzialmente normativi nella forma dei dPCM, autorizzati dalla legge, ma prodotti secondo procedimenti atipici. Un'analisi precisa di questo strumento complesso è contenuta in D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. n. 2, 2019, ma anche a V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. n. 2, 2016.

<sup>7</sup> V. legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>8</sup> Le misure adottate per far fronte all'emergenza da Covid-19, inizialmente, sono state ricondotte alla "sanità pubblica", rientrando fra le materie a potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni. Senonché, al riguardo, da più parti, si è fatto notare come una pandemia globale sembri dover rientrare, più propriamente, nella materia della "profilassi internazionale", che la lettera q del 2° comma dell'articolo 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. In questo modo si sarebbero ridotti drasticamente i conflitti fra Stato e Regioni, dal momento che si sarebbero potute prendere decisioni unitarie, seppur non necessariamente uniformi, in modo da poter tenere conto delle specifiche differenziazioni regionali. A confermare questo orientamento, è intervenuta la Corte costituzionale con un Comunicato dell'Ufficio stampa, in data 24 febbraio 2021, e con la conseguente sentenza del 12 marzo 2021, n. 37, in cui si afferma «che la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla. La malattia da COVID-19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo [...]. Questa Corte ha già ritenuto che la profilassi internazionale concerne norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e

oltretutto da una polarizzazione politica sempre più marcata negli anni, la quale rende inevitabilmente molto più difficile un'amministrazione improntata sulla leale collaborazione<sup>9</sup>.

In un tale contesto, di grande confusione ed incertezza, si è dovuto registrare l'utilizzo improprio di termini ed espressioni fra loro profondamente differenti, quali quelli di *eccezione*, *necessità* ed *emergenza*, ma anche quelli di *sospensione*, *limitazione* e *deroga*. Se, a prima vista, questa può ritenersi una questione meramente formale, ad uno sguardo più attento, non può che notarsi come ne discendano conseguenze di carattere sostanziale, le quali si riverberano inevitabilmente sulla concreta gestione e sul superamento di una situazione straordinaria.

Non solo, tale emergenza si è inserita in un contesto nel quale il nostro ordinamento sembra essersi abituato a vivere «da vita quotidiana come una successione di piccole emergenze»<sup>10</sup>. Pertanto, per comprendere l'incertezza e le difficoltà con cui il nostro Paese ha affrontato la pandemia da Covid-19, occorre comprendere il quadro giuridico in cui tale emergenza si è verificata.

Per fare ciò, innanzitutto si reputa di dover procedere ad un esercizio di chiarificazione riguardo ai concetti inerenti alle attività di amministrazione dell'e-

---

sovranaazionale» (sentenza n. 5 del 2018; in precedenza, sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004)». Infatti, «a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)». Pertanto, «in definitiva, per quanto fondamentale sia l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi, il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti».

<sup>9</sup> A tal riguardo, si noti come, se, inizialmente, con la delibera di stato d'emergenza del 31 gennaio 2021, la situazione emergenziale è stata affrontata utilizzando il sistema e gli schemi della protezione civile, caratterizzandosi per un buon livello di collaborazione fra Stato e Regioni, dapprima con il d.l. n. 6/2020 e la relativa legge di conversione, e successivamente con il d.l. n. 19/2020, e i relativi dPCM attuativi, si è passati ad una impostazione fortemente accentratrice nelle mani del Governo, senza che vi fosse stata alcuna deroga espressa agli schemi tipici di protezione civile. A tal riguardo, E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. speciale, 2020, 378 ss.

<sup>10</sup> La citazione è ripresa da C. LASCH, *The minimal Self. Psychic Survival in Troubled Times*, London, 1985, 38; trad. it. C. LASCH, *L'io minimo. La mentalità della sopravvivenza in un'epoca di turbamenti*, Milano, 1987. Secondo l'Autore, nell'epoca moderna gli individui hanno perso le loro solidità e integrità, lasciando il posto all'effimero e ad una rapida obsolescenza, in cui tutto diviene un gioco a breve termine, valutato su rapide scadenze e non su progetti stabili e duraturi. In altre parole, in una società in cui il vivere alla giornata prefigura una «vita quotidiana come una successione di piccole emergenze». Tale concetto, se pur originariamente riferito all'individuo, è possibile applicarlo anche allo Stato, inteso tanto come Stato-apparato quanto come Stato-comunità, il quale, in una evidente assenza di pianificazione, sembra sempre più orientato verso scadenze a breve termine, coincidenti con i rapidi cicli elettorali, e più ancorato ad un continuo presente che proiettato verso il futuro.

mergenza, in modo da poter fornire un apporto tale da affrontare adeguatamente la gestione delle emergenze future, ove mai ce ne saranno.

## 2. *Sui concetti di necessità, emergenza ed eccezione*

L'emersione di fatti eccezionali, non previsti e non regolabili normativamente *ex ante* e, pertanto, tali da mettere a rischio la conservazione e la sopravvivenza di ogni ordinamento giuridico, è un evento inevitabile nella vita di quest'ultimo. Di conseguenza, gli ordinamenti giuridici più evoluti, al fine di conservare il proprio assetto sociale, nonché, in ultima istanza, di assicurare la loro stessa sopravvivenza, si sono dotati di un diritto dell'emergenza, volto a fronteggiare eventi eccezionali, mediante il ricorso ad apparati organizzatori e strumenti straordinari<sup>11</sup>.

Emergenza, necessità ed eccezione sono tre termini fra loro differenti ma strettamente connessi, che sfuggono ad una classificazione netta e distinta. Infatti, si tratta di concetti pacificamente riconducibili a situazioni di deroga o di sospensione del diritto ordinario, i quali, tuttavia, tendono a sovrapporsi in modo indefinito. Senonché, tali termini, se analizzati in relazione al contesto storico e culturale nel quale vengono impiegati dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dallo stesso legislatore, possono assumere caratteristiche differenti ed una loro autonomia concettuale<sup>12</sup>.

Alla luce di ciò, ai fini del presente lavoro, si ritiene utile procedere in un tentativo di classificazione e sistematizzazione dei concetti di emergenza, necessità ed eccezione, muovendo dalla loro etimologia, per giungere, poi, ai sintagmi, strettamente connessi a questi ultimi, di stato di emergenza, stato di necessità e stato di eccezione<sup>13</sup>.

Dal punto di vista etimologico, il termine *necessità* riconduce ad un qualcosa di incontrollabile e irresistibile, che, all'interno del mondo giuridico, è identificabile con una situazione fattuale storica, sociale o politica, che l'ordinamento vigente non riesce a regolare preventivamente<sup>14</sup>.

In tema di necessità, è doveroso e necessario il richiamo alle elaborazioni di Santi Romano<sup>15</sup>, all'interno delle quali possono individuarsi quattro differenti

<sup>11</sup> Analogamente, F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, fasc. n. 4, 2005, 763 ss.

<sup>12</sup> In tal senso, anche V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 10-11.

<sup>13</sup> Cfr. § 2.1.

<sup>14</sup> Cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 107-108.

<sup>15</sup> Si veda in particolare S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, già in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, n. 1, 1909, e ora in *Scritti minori*, Milano, 1950.

accezioni del concetto di necessità: come urgenza, come limite, come conflitto e come fonte<sup>16</sup>.

Nella sua prima declinazione, la necessità si pone come reazione unica possibile, in presenza di situazioni eccezionali che mettono in pericolo la struttura politica e giuridica dello Stato, divenendo fonte per l'adozione di strumenti derogatori. Infatti, «ciò che caratterizza e distingue la necessità [...] è, in primo luogo, la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove»<sup>17</sup>.

Nella sua seconda accezione, invece, la necessità, che «non è un presupposto della *regula iuris*, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado», tale per cui «il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla»<sup>18</sup>, rappresenta un limite per la sovranità statale, dal momento che la possibilità di derogare al diritto vigente è riconducibile ai soli casi di necessità.

La necessità può anche essere classificata come un conflitto fra «il diritto dello Stato di mantenere la sua esistenza e il suo assetto politico, e il diritto di libertà degli individui, che è necessario limitare o sacrificare in favore del primo»<sup>19</sup>. Negli stati emergenziali, infatti, è evidente lo stretto rapporto fra situazioni straordinarie e norme volte a limitare i diritti e le libertà degli individui, al fine di ristabilire uno stato di normalità. Tuttavia, l'Autore ritiene che tale conflitto rappresenti «un momento del tutto secondario» e «una semplice conseguenza rispetto ad un momento più generale e comprensivo»<sup>20</sup>, frutto di un'attenzione

<sup>16</sup> Una tripartizione, operata all'interno degli studi di Santi Romano, è presente anche in F. DE VANNA, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. n. 2, 2020, 12-15, in cui si legge che «si possono individuare [...] tre significati, adiacenti ma concettualmente distinti, nei quali Romano utilizza il concetto di necessità come fonte ampia: come urgenza, come limite, e come fonte».

<sup>17</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, già in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, fasc. n. 1, 1909, e ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, 357.

<sup>18</sup> Cit. S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, fasc. n. 1-4, 1902, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, 236. In particolare, l'Autore individua tre casi in cui il Parlamento può modificare lo Statuto, ossia quando tale modificazione sia imposta dalla necessità, dal riconoscimento di una consuetudine giuridica e al fine di una sua integrazione.

A tal riguardo, si è rilevato come «attraverso la nozione giuridica di 'necessità', si conferma [...] che nelle norme scaturenti dagli atti d'imperio dello Stato è contenuto anche il requisito della limitatezza, necessario per l'integrale costruzione dello 'Stato giuridico'». Cit. M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, fasc. n. 10, 1981, 168-219.

<sup>19</sup> Cit. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 357.

<sup>20</sup> *Ibidem*, *ivi*.

prevalentemente rivolta alle restrizioni, piuttosto che all'impossibilità di applicare le norme ordinarie<sup>21</sup>.

Infine, la quarta accezione di necessità è quella di fonte del diritto, la quale prende forma, in tal modo, dal fatto emergenziale in modo necessario, dando vita ad un «nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico [...] che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli»<sup>22</sup>. In tal senso, «la necessità [...] deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che è essa medesima una vera e propria fonte del diritto [...]. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè lo Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato come un procedimento di fatto [...]»<sup>23</sup>. Pertanto, la necessità diviene una condizione che non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite, ma diviene essa stessa fonte del diritto.

Il termine *emergenza* ha avuto, invece, uno sviluppo successivo nella letteratura giuridica. Inizialmente, esso veniva ricondotto al vocabolo anglosassone *emergency*, assumendo un significato analogo a quello di necessità. In particolare, l'emergenza tendeva a coincidere con una situazione di eccezionale necessità, senza essere dotato di alcun *quid proprium*. Senonché, ad uno sguardo più attento, se necessità rimanda al vocabolo latino *necessitas*, e, dunque, ad un evento inevitabile o ineluttabile, emergenza può ricondursi, piuttosto, al latino *emergere*, e, dunque, ad un qualcosa che emerge e si distingue come differente<sup>24</sup>. In tal

<sup>21</sup> S. Romano ritiene tale classificazione impropria, dal momento «che la misura dello stato d'assedio è emanazione di norme giuridiche, esercizio di funzione legislativa», pertanto «lo Stato non ha nessun diritto subbiiettivo da esercitare contro quello dei cittadini, se non se lo attribuisce con una nuova norma». Secondo l'Autore, una necessità intesa come conflitto fra diritti soggettivi, «ad uno dei quali l'ordinamento giuridico già esistente accorda, in certe condizioni straordinarie, una prevalenza sull'altro», sarebbe accettabile nel diritto penale e nel diritto privato, in tal modo criticando l'impostazione di Ranalletti, secondo cui in uno stato di necessità si genera un conflitto fra «il diritto dello Stato, ed anzi il suo dovere fondamentale e assoluto di difendere e garantire la sua esistenza e il proprio ordine giuridico e il diritto di libertà e le gaurentigie, che l'ordine stesso riconosce a tutela degli individui», pertanto «bisogna riconoscere un vero diritto subbiiettivo di necessità [dello Stato], e nell'atto governativo, che ne costituisce l'esercizio, un atto pienamente legittimo». Cit. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 360 e O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, 1ª parte, Milano, 1904, 1201 ss.

<sup>22</sup> Cit. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 357.

<sup>23</sup> *Ibidem*, 362.

<sup>24</sup> Per un approfondimento di questa analisi semantica si rimanda a V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 11-30, ma anche a M.A. CABIDDU, *Stato di eccezione*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2010, 5-6.

senso, l'emergenza rappresenta quella situazione che si crea nell'immediatezza dell'evento straordinario, determinando la necessità di norme eccezionali che derogano ai meccanismi ordinari.

Infine, con riguardo al termine *eccezione*, è utile il richiamo alla distinzione, operata da Carl Schmitt<sup>25</sup>, secondo cui l'emergenza è riconducibile ad una situazione fattuale straordinaria, benché ancora riconducibile all'ordinamento giuridico, mentre l'eccezione coincide con una situazione fattuale di intensità tale da sfuggire e travolgere il vigente ordinamento giuridico<sup>26</sup>. Oltre a ciò, va aggiunto che, se l'emergenza si pone con riguardo alla sola durata temporale coincidente con l'immediatezza dell'evento straordinario, l'eccezione rappresenta una situazione di deroga o di sospensione dell'ordinamento giuridico vigente che sfugge da questa stretta delimitazione temporale.

### 2.1. (Segue) *Stato di necessità, stato di emergenza e stato di eccezione*

Fatta luce, se pur sommariamente, sui concetti di necessità, eccezione ed emergenza, è possibile ora procedere all'analisi dei sintagmi "stato di eccezione", "stato di necessità" e "stato d'emergenza", i quali si pongono in un rapporto di logica derivazione rispetto ai concetti poc'anzi trattati.

Nel diritto pubblico, lo "stato di necessità" attiene generalmente a situazioni di emergenza, di disordine o di pericolo generale, per far fronte alle quali l'utilizzo degli strumenti giuridici ordinari si rende inadeguato e si dispone il ricorso a provvedimenti straordinari, i quali possono comportare una maggior coercizione e alcune restrizioni ai diritti e alle libertà individuali<sup>27</sup>. Se «questo stato di necessità, che è presupposto della norma [straordinaria] e insieme dello stato d'assedio, cui quest'ultima si vuole applicare», «fa nascere il diritto soggettivo dello Stato di emanare le disposizioni in cui lo stato d'assedio si concreta»<sup>28</sup>, lo stato di necessità può essere considerato non tanto come una fonte del diritto, bensì come la fonte da cui deriva l'eccezione e, di conseguenza, lo stato di eccezione è reputato in grado di fondare un nuovo ordinamento giuridico legittimo, proprio in quanto derivante dalla necessità. Ma provando a spingersi oltre, sotto altro punto di vista, lo stato di necessità rappresenta una situazione preliminare,

<sup>25</sup> Il richiamo è alle due opere fondamentali in materia dell'Autore: C. SCHMITT, *Die Diktature*, München-Leipzig, 1921, trad. it., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bari, 1975 e C. SCHMITT, *Politische Theologie*, München, 1922, trad. it., *Teologia politica*, Bologna, 1972.

<sup>26</sup> In tal senso anche R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, fasc. n. 2, 2020, 44.

<sup>27</sup> P.G. GRASSO, *Necessità (stato di) (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 866.

<sup>28</sup> Cit. S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 354.

dalla quale deriva l'esigenza di adottare misure straordinarie, dalla cui natura e dai cui criteri direttivi deriva lo stato di emergenza o lo stato di eccezione. In altre parole, a seconda che le misure che concretamente vengono adottate sulla base della necessità si pongano all'interno oppure oltre l'ordinamento vigente, lo stato di necessità sfocia nello stato di emergenza o nello stato di eccezione.

Stante il carattere generale e preliminare dello stato di necessità nel diritto pubblico, è necessario ai nostri fini, invece, distinguere lo stato di eccezione dallo stato di emergenza.

Al fine di comprendere un sintagma di difficile classificazione, come quello di "stato di eccezione", è necessario prendere le mosse dalle elaborazioni rese sul tema da Carl Schmitt. In *La dittatura* e, successivamente, in *Teologia politica*, l'Autore si pone l'obiettivo di ricomprendere lo stato di eccezione all'interno del diritto, superando la concezione secondo la quale, trattandosi di una sospensione dell'ordinamento giuridico, esso dovesse ricondursi ad una dimensione extra-giuridica<sup>29</sup>. Nella prima delle due opere citate, lo stato di eccezione rappresenta un'espressione della dittatura, la quale viene distinta in *dittatura commissaria*, che ha la funzione di difendere o restaurare l'ordinamento vigente, e in *dittatura sovrana*, la quale mira all'instaurazione di un nuovo ordinamento giuridico. La dittatura commissaria si caratterizza per la sospensione dell'attuazione concreta delle norme, le quali comunque rimangono formalmente vigenti. «Sul piano della teoria, la dittatura commissaria si lascia così sussumere integralmente nella distinzione fra la norma e le regole tecnico-pratiche che presiedono alla sua attuazione»<sup>30</sup>, pertanto, in tal caso, al fine di ricondurre tale concetto all'interno del mondo giuridico, Schmitt distingue tra norme del diritto e norme di attuazione del diritto. La dittatura sovrana, invece, si differenzia nettamente dalla precedente, dal momento che essa non mira a sospendere l'attuazione concreta delle norme, ma a realizzare un nuovo ordine giuridico. In questo secondo caso, al fine di ricondurre la dittatura sovrana all'interno del mondo giuridico, l'Autore distingue tra potere costituente e potere costituito, assumendo una rilevanza decisiva la forza fondativa del potere costituente, che «pur non essendo costituito in virtù di una costituzione, ha con ogni costituzione vigente un nesso tale da apparire come potere fondante»<sup>31</sup>.

In "Teologia politica", invece, Schmitt distingue tra norma e decisione. L'Autore, infatti, sostiene che il diritto si componga di questi due elementi, i quali, in una situazione ordinaria, tendono a coesistere, in un equilibrio bilanciato in favore della norma, capace di ridurre al minimo lo spazio della decisione.

<sup>29</sup> Analoghe considerazioni in G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 45, e R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 8, 2008, 199.

<sup>30</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 46.

<sup>31</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 137.

Senonché, è l'intervento dello stato di eccezione che rompe lo *status quo*<sup>32</sup>, separando la norma dalla decisione, la quale diviene un elemento autonomo a scapito della norma, che resta quasi del tutto annullata, rivelando «in assoluta purezza un elemento formale specificamente giuridico: la decisione»<sup>33</sup>. In altre parole, la norma resta vigente, ma la sua attuazione è sospesa ed è privata della sua forza, venendo sostituita da atti dell'esecutivo<sup>34</sup>, non dotati del valore della legge, ma che, tuttavia, ne hanno la forza e l'efficacia<sup>35</sup>. Pertanto, nell'atto eccezionale, che è per sua natura svincolato dalle regole, emerge la pura decisione e, quindi, la pura forza che la porta ad esecuzione, realizzandone gli effetti<sup>36</sup>. Tutto ciò, al fine di rendere possibile una normazione effettiva della situazione concreta, che non può avvenire con il mantenimento di uno stato di normalità.

Più recentemente, a tornare sul tema dello stato di eccezione è stato Giorgio Agamben<sup>37</sup>. Per l'Autore, lo stato di eccezione rappresenta una sospensione totale o parziale dell'ordinamento costituzionale vigente, ad opera della stessa autorità statale che, in situazioni ordinarie, è garante della legalità e del suo rispetto<sup>38</sup>. Nel riconoscere che la confusione fra atti del potere esecutivo e atti del potere legislativo rappresenti uno dei caratteri essenziali dello stato di eccezione, Agamben, tuttavia, sostiene che l'elemento fondamentale sia rappresentato dall'isolamento della *forza di legge* dalla *legge*<sup>39</sup>. Di conseguenza, lo stato di eccezione definisce uno stato della legge in cui, da una parte, la norma mantiene il suo vigore, ma non ha forza e non si applica, mentre dall'altra, atti che non hanno il valore della legge ne acquistano la forza. In questo modo viene a crearsi una *fictio iuris* rappresentata dalla «forza di legge senza la legge»<sup>40</sup>. Per comprendere meglio lo stato di eccezione, l'Autore richiama, inoltre, un istituto del diritto

<sup>32</sup> Utilizzando le parole dell'Autore: «Come, nel caso normale, il momento autonomo della decisione può essere ridotto a un minimo, nel caso di eccezione, la norma viene annullata. Tuttavia anche il caso di eccezione resta accessibile alla conoscenza giuridica, perché entrambi gli elementi, la norma come la decisione, rimangono nell'ambito del giuridico». Cit. C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 19.

<sup>33</sup> Cit. *ibidem*, *ivi*.

<sup>34</sup> Secondo Schmitt «il sovrano sta fuori dell'ordine giuridico normalmente valido e, tuttavia, appartiene ad esso, perché è responsabile per la decisione se la costituzione possa essere sospesa in toto» ed è, pertanto, espressione della pura decisione e, dunque, il titolare del potere di emanare gli atti aventi la stessa forza-efficacia della legge. Cit. C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 13.

<sup>35</sup> In tal senso vedasi anche R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, cit., 201.

<sup>36</sup> F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *associazioneitalianacostituzionalisti.it*, 2007.

<sup>37</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit.

<sup>38</sup> R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, cit., 198-199.

<sup>39</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 51-52.

<sup>40</sup> *Ibidem*, 52.

romano reputato essere l'archetipo dell'odierno stato di eccezione: il *iustitium*. Infatti, in caso di grave pericolo per la Repubblica, il Senato emetteva un *senatus consultum ultimum*, con il quale si chiedeva ai consoli e, nei casi limite, ad ogni cittadino, di adottare qualsiasi misura, anche contraria alla legge, ritenuta necessaria per la salvezza dello Stato. Questo senatoconsulto si emanava sulla base di un decreto che dichiarava il *tumultus*, ossia una situazione di emergenza dovuta ad una guerra esterna, ad una guerra civile o ad una insurrezione, attraverso il quale si consentiva l'adozione di misure eccezionali<sup>41</sup>. Questo procedimento, di norma, culminava con la proclamazione di un *iustitium*, implicante la sospensione dell'intero ordinamento giuridico, al fine di preservarne l'esistenza<sup>42</sup>. Mediante l'analisi di questo istituto, Agamben giunge a sostenere che lo stato di eccezione non possa essere ricondotto al concetto di dittatura e che esso rappresenti più propriamente uno spazio vuoto del diritto<sup>43</sup>. L'Autore, infine, perviene alla conclusione che il sistema giuridico occidentale si fonda su una struttura doppia, formata da due elementi fra loro eterogenei, benché coordinati: uno normativo e giuridico in senso stretto ed uno anomico e metagiuridico. Il primo elemento necessita del secondo per potersi applicare, ma il secondo può emergere solo in caso di sospensione del primo. Fintantoché questi permangono correlati, ma concettualmente, temporalmente e soggettivamente distinti, la loro relazione, anche se fondata su una *factio iuris*, può funzionare. Ma nel momento in cui essi tendano a coincidere in una sola persona e lo stato di eccezione divenga la regola, allora «il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale»<sup>44</sup>.

Alla luce di ciò, se l'eccezione è la fuoriuscita dal perimetro posto dalla regola, lo stato di eccezione è quella situazione non regolata dalle norme vigenti dell'ordinamento, il quale risulta sospeso per decisione di chi detiene il potere di decidere sullo stato di eccezione stesso. Questo si presenta, così, come una fase necessariamente di passaggio tra un ordinamento non più vigente ed uno ancora da attuare, collocata all'interno del mondo giuridico in quanto retta dal diritto, che non è più l'insieme di norme vigenti nell'ordinamento sospeso, ma che coincide con la volontà di chi ha il potere di decidere sullo stato di eccezione. E tale volontà non può che tendere alla creazione di un nuovo ordinamento giuridico, che può anche apparire identico a quello precedentemente sospeso, ma rispetto al quale sarà inevitabilmente altro, in quanto basato sulla decisione fondativa di chi ha deciso sullo stato di eccezione, ossia su un nuovo e differente momento genetico.

<sup>41</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 55-56 e *Amplius* A. NISSEN, *Das Iustitium, Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1877, 76.

<sup>42</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 56 e *Amplius* A. ORMANNI, *Necessità (stato di)*, (*dir. rom.*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 822 ss.

<sup>43</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 66-67.

<sup>44</sup> *Ibidem*, 109-110.

Lo stato d'emergenza, invece, condivide lo stesso fine dello stato d'eccezione, ossia la conservazione del gruppo sociale di riferimento, ma i due concetti si articolano in modo differente. Ancora una volta, è d'obbligo il richiamo alla distinzione, operata da Carl Schmitt, fra dittatura commissaria e dittatura sovrana. Infatti, la prima, che, come detto, è finalizzata a difendere o restaurare l'ordinamento vigente mediante la sospensione dell'attuazione concreta delle norme, le quali comunque rimangono formalmente vigenti, «sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza»<sup>45</sup> ed è riconducibile allo stato d'emergenza. In tal caso, infatti, il *dictator*, che agisce mediante il ricorso a strumenti *extra ordinem*, si trova comunque ad operare sulla base di un potere derivante dall'ordinamento stesso, rimanendosi, pertanto, all'interno del sistema giuridico vigente. La dittatura sovrana, invece, come detto, mira all'instaurazione di un ordine giuridico nuovo, ed è riconducibile più propriamente allo stato d'eccezione, che assume forza costituente ponendosi all'esterno dell'ordinamento giuridico vigente<sup>46</sup>. In altre parole, lo stato d'emergenza si pone sempre all'interno dell'ordinamento giuridico esistente, rimanendo, pertanto, sempre e comunque vincolato alle regole fondamentali dello stesso, che, conseguentemente, non può essere interamente sospeso. Ciò, a differenza di quanto accade per lo stato d'eccezione, che, invece, è svincolato dal rispetto delle regole fondanti dell'ordinamento giuridico di riferimento, dal momento che si pone all'esterno, o, più propriamente, oltre, rispetto a quest'ultimo<sup>47</sup>. Non solo, stante le considerazioni riguardanti i concetti di emergenza ed eccezione, lo stato d'emergenza non può che porsi come una situazione assolutamente transitoria e finalizzata al superamento della fase critica immediatamente successiva all'emersione del fatto straordinario, mediante il ricorso a strumenti derogatori dell'ordinamento vigente. Lo stesso non può dirsi per lo stato di eccezione, il quale è svincolato dalla stretta temporaneità che caratterizza l'emergenza e che può andare oltre la semplice deroga, passando alla sospensione dell'intero ordinamento vigente. Pertanto, uno stato d'emergenza che si protraesse nel tempo in modo indefinito, diverrebbe inevitabilmente altro, rischiando di trasformarsi in eccezione e, quindi, in una sospensione dell'ordinamento giuridico vigente, ossia in un qualcosa di non compatibile con lo stato d'emergenza e con l'assetto di un sistema giuridico democratico, che «si richiama non ad una costituzione già in vigore, ma ad una ancora da attuare»<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 136.

<sup>46</sup> Analoghe considerazioni si ravvisano in R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, cit., 43-44.

<sup>47</sup> In tal senso anche E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Questione giustizia.it*, n. 2, 2020, secondo cui «l'eccezione è un fatto che fuoriesce dalla regola, l'emergenza è un fatto cui la regola collega determinate conseguenze giuridiche», ma anche R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, cit., 47, per il quale «nello stato d'eccezione invece, il caso critico sfugge di mano e la risoluzione, che avviene al di fuori della costituzione vigente, coincide con un nuovo posizionamento (o un riposizionamento) assiologico».

<sup>48</sup> Cit. C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., 17.

### 3. *Emergenza ed eccezione nell'ordinamento giuridico repubblicano*

Un sistema giuridico democratico e costituzionale, quale quello odierno in Italia, non è compatibile con uno stato di eccezione che sospenda l'ordinamento vigente, inteso come uno spazio senza diritto, in cui l'unica fonte diviene la volontà politica del sovrano. Infatti, lo Stato democratico costituzionale si fonda su valori e principi che sono irrinunciabili, tanto in situazioni ordinarie, quanto più in situazioni straordinarie, pena il rischio che si trasformi in altro, ossia in un sistema giuridico opposto a quello vigente<sup>49</sup>. Pertanto, in un quadro di questo tipo, può ammettersi soltanto uno stato d'emergenza regolato dal diritto e, pertanto, all'interno dell'ordinamento giuridico, benché ai suoi confini più remoti. Questo non può che rimanere conforme ai principi generali dell'ordinamento giuridico cui si riferisce e deve assumere necessariamente un carattere temporaneo, in relazione alla necessità di un ritorno allo stato di normalità.

A differenza di quanto avviene in altri ordinamenti<sup>50</sup>, la Costituzione italiana non prevede espressamente una norma generale sullo stato d'emergenza<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> In tal senso si vedano G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., ma anche R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, cit., 46 ss.

<sup>50</sup> Si pensi all'art. 16 della Costituzione francese, secondo cui «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale», ma anche all'art. 116 della Costituzione spagnola, in cui, al primo comma, si legge che «Una legge organica regolerà gli stati di allarme, di eccezione e di assedio, le competenze e le limitazioni corrispondenti».

<sup>51</sup> Si tratta di una scelta chiara e consapevole del Legislatore costituente, deciso a non ripetere l'errore rappresentato dall'art. 48 della Costituzione di Weimar, che favorì l'ascesa del regime nazista in Germania. Peraltro, la mancanza di una disciplina costituzionale dell'emergenza ha portato la recente dottrina ad interrogarsi sul fondamento della normativa emergenziale. Secondo alcuni Autori, infatti, tale fondamento è da ricercarsi al di fuori della Carta costituzionale, e più precisamente nella necessità prodotta dall'emergenza stessa, tale da legittimare deroghe alle norme costituzionali vigenti tramite lo strumento, da considerare *extra ordinem*, del decreto-legge. Secondo altri Autori, invece, il fondamento della normativa emergenziale è comunque da rinvenirsi all'interno della Costituzione e, più in particolare, nei principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, positivizzati nell'art. 5 sulla indivisibilità della Repubblica, nell'art. 87 sulla unità nazionale, ma anche negli artt. 7, 10, 11 e 139 sulla intangibilità dei principi fondamentali della Carta, e il suo perimetro di azione deve comunque svolgersi nel rispetto del sistema gerarchico delle fonti. Del primo orientamento, V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), fasc. n. 1, 2020, 893 ss.; sulla capacità del decreto-legge di derogare alle norme costituzionali vigenti, si veda F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 22 aprile 2020. Sul fondamento costituzionale della normativa emergenziale, si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113, mentre sulla sua riconducibilità all'interno del sistema gerarchico delle fonti, si veda A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), fasc. n. 2, 2020, 560.

Ciononostante, essa non è sprovvista di strumenti di natura straordinaria, che, nelle intenzioni del Costituente, fossero idonei a fronteggiare quelle situazioni eccezionali, tali da sfuggire ad una regolamentazione ordinaria.

Il richiamo è agli articoli 77 e 78. Quest'ultimo, prevede la situazione più eccezionale in assoluto, ossia la guerra, e regola la delibera dello stato di guerra, assunta dalle Camere, le quali conferiscono al Governo i poteri necessari per fronteggiare l'evento concreto<sup>52</sup>. L'art. 77, invece, disciplina il decreto-legge, ossia un atto avente forza di legge, adottato dal Governo nei «casi straordinari di necessità ed urgenza», il quale deve essere necessariamente trasmesso alle Camere per la sua conversione in legge entro 60 giorni<sup>53</sup>. Tuttavia, quello che nell'impianto costituzionale doveva essere uno strumento straordinario, oggi ha mutato completamente la sua natura. Infatti, mediante il ricorso ad interpretazioni particolarmente estensive<sup>54</sup>, il presupposto dei «casi straordinari di necessità ed urgenza» ha assunto un carattere meramente politico, trasformando il decreto-legge in un atto di legislazione ordinaria<sup>55</sup>, anticipatore del contenuto delle

---

<sup>52</sup> In dottrina si è dubitato che l'attribuzione dei poteri necessari al Governo in caso di guerra possa rappresentare uno strumento straordinario, dal momento che, formalmente, sembra essere più uno strumento riconducibile alla delegazione legislativa ordinaria. A tal riguardo, si vedano L. ROSSI, *Pieni poteri*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1939, 1122 ss.; G. FERRARI, *Guerra (stato di) (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 816 ss.; P. G. GRASSO, *Pieni poteri*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1976, 611 ss.; M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969, 77 ss.

<sup>53</sup> Va detto che, nel progetto iniziale di Costituzione, predisposto dalla Commissione dei 75, in seno all'Assemblea costituente, il decreto-legge non era menzionato, prevedendosi soltanto il decreto legislativo, quale atto normativo del Governo. Successivamente, considerando la sua sostanziale insopprimibilità, si optò per una sua previsione e regolazione a livello costituzionale, al fine di poterne meglio circoscrivere e limitare l'utilizzo. L'odierno testo dell'art. 77 è il frutto soprattutto dell'emendamento aggiuntivo Codacci-Pisanelli e dell'emendamento Tosato. Il primo collocò i decreti-legge allo stesso livello gerarchico delle leggi formali, seppur dotandoli di un'efficacia temporanea di 60 giorni, mentre il secondo introdusse la decadenza "sin dall'inizio" dei decreti non convertiti in legge dal Parlamento entro 60 giorni dalla loro pubblicazione. A tal riguardo, si vedano gli Atti dell'Assemblea costituente, su [www.legislature.camera.it](http://www.legislature.camera.it), in particolare le sedute del 21 settembre 1946 e del 16 e 17 ottobre 1947.

<sup>54</sup> In sede di discussione in Assemblea costituente, circa i presupposti per il ricorso allo strumento del decreto-legge, vi furono proposte volte a prevedere casi tassativi per la sua emanazione. Tuttavia, vista la difficoltà di individuare e classificare casi tassativi, si optò per il ricorso alla clausola generale dei «casi straordinari di necessità ed urgenza», lasciando così alla dottrina e alla giurisprudenza il compito della sua interpretazione. Da qui le interpretazioni estensive di cui si è fatto cenno. Tali interpretazioni si basavano, tra l'altro, anche sulle considerazioni di Esposito, che distingueva tra una necessità assoluta ed una relativa, nonché tra una oggettiva ed una soggettiva, estrapolandole, tuttavia, dal loro peculiare contesto, caratterizzato dalla premessa secondo la quale il decreto-legge fosse un atto geneticamente illegittimo ed illecito, sino a quando non venisse convertito in legge dal Parlamento. A tal riguardo, si veda C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Roma, 1962, 832 ss.

<sup>55</sup> Si pensi che dai 29 decreti-legge emanati nel corso della I Legislatura, aumentati a 60 nella

successive leggi di conversione. In tal modo, il decreto-legge rappresenta oggi uno strumento assolutamente ordinario che di straordinario mantiene soltanto il suo procedimento di adozione<sup>56</sup>, ed in quanto tale, è divenuto inidoneo a far fronte a situazioni emergenziali<sup>57</sup>.

La peculiare evoluzione del decreto-legge ha prodotto la necessità di ricorrere ad uno strumento più rapido ed elastico per gestire l'emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile nella sua immediatezza. Così, tale strumento è stato ricercato al di fuori delle fonti di livello primario, evitando le lungaggini procedurali previste per gli atti di carattere legislativo, e individuato nelle ordinanze c.d. libere o *extra ordinem*<sup>58</sup>. Senonché, queste ultime, a differenza dei decreti-legge – atti di rango primario – sono atti formalmente amministrativi, di natura sostanzialmente normativa<sup>59</sup>, rientranti, pertanto, fra le fonti di livello

---

seconda e diminuiti a 30 nella terza, si arriva ai 302 emanati nella nona e ai 466 della decima. Nel solo anno 1996 vennero emanati 361 decreti-legge, i quali, a fronte di una produzione di 533 atti aventi forza di legge (di cui 133 leggi e 39 decreti legislativi), divennero la principale fonte di produzione legislativa.

<sup>56</sup> In tal senso L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 243.

<sup>57</sup> Per l'analisi approfondita del peculiare strumento del decreto-legge, nonché della sua evoluzione, si vedano, tra i molti: A. CELOTTO e E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario Costituzione*, vol. II, 2006, 1506-1530; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, Milano, 2003; F. SORRENTINO e G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 123 ss.; M. S. CICONETTI, *Nuovi elementi in tema di reiterazione di decreti-legge*, *Giur. cost.*, vol. II, 1989, 1467 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989; F. MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. III, Roma, 1988; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, 174 ss.; M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, 1444 ss.; A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Politica del diritto*, 1981, 301 ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge*, in *Diritto e società*, 1978, 241 ss.; L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 56 ss.; F. CAZZOLA, A. PREDIERI e G. PRIULLA, *Il decreto legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975; V. DI CIULO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit.

<sup>58</sup> Le ordinanze *extra ordinem* sono una delle quattro categorie giuridiche in cui si esperiscono i poteri emergenziali. La prima categoria è rappresentata dagli studi sul diritto non scritto e dalle elaborazioni sul potere costituente, in cui è emersa la distinzione tra fenomenologia giuridica della rivoluzione o del colpo di stato. La seconda riguarda la sospensione dei diritti costituzionali, da ricollegarsi con le elaborazioni sullo Stato di assedio interno o civile, dichiarato dal governo per controllare gli scontri politico-sociali e per gestire le emergenze derivanti da fenomeni naturali. La terza categoria, invece, riguarda la decretazione d'urgenza e i poteri straordinari affidati al governo in caso di guerra. Infine, come detto, la quarta categoria concerne le c.d. ordinanze *extra ordinem* o contingibili ed urgenti. A tal riguardo, si veda R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, fasc. n. 4, 2005, 777 ss.

<sup>59</sup> In tal senso M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, vol. XXVII, I quadr., 1948, 398, ora in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, 957, secondo il quale si tratta di «atti normativi creativi di *jus* singolare, [che] hanno la figura formale di atti amministrativi, ma la loro sostanza è quella dell'atto normativo». Peraltro, in un'opera successiva, lo stesso Autore

secondario. A tali ordinanze si attribuisce il predicato *libere*, in quanto rappresentano provvedimenti in grado di derogare al principio di tipicità, sicché, in quanto tali, non corrispondono ad atti tipizzati dalla legge e, tanto meno, ad atti dotati di un contenuto tipico<sup>60</sup>. Tale deroga al principio di tipicità prende le mosse dalla eccezionalità delle situazioni emergenziali nelle quali queste ordinanze sono chiamate ad operare, ossia situazioni tali da sfuggire ad una disciplina *ex ante*, per le quali si affida all'amministrazione un potere discrezionale nell'adozione della misura più adatta allo scopo perseguito. In altre parole, questa deroga si basa sull'impossibilità di affrontare situazioni eccezionali con il ricorso a provvedimenti tipizzati<sup>61</sup>. L'aspetto più significativo di tali ordinanze, tuttavia, è quello di poter derogare alle disposizioni di legge vigenti, ed è proprio alla luce di tale aspetto, che assumono la denominazione di ordinanze *extra ordinem*, anche se da

---

propendeva per la natura di atti amministrativi in capo a tali ordinanze, affermando che «le ordinanze d'urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto al principio di tipicità». Cit. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 270. Nello stesso senso: G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XII, Torino, 1965, 93 ss., e successivamente in Id., *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 ss., in cui, tuttavia, l'Autore arriva ad ammettere che «le ordinanze di necessità e urgenza se generali ed astratte sono sul piano concettuale atti normativi» (2196); R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 53, secondo cui osta alla normatività di tali ordinanze la loro temporaneità e l'inattitudine a produrre effetti permanenti; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 305 ss., il quale esclude espressamente la possibilità di annoverare tali atti tra le fonti del diritto, in quanto inidonei ad innovare stabilmente l'ordinamento giuridico; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018. Altra parte della dottrina è, invece, giunta ad ammettere la natura normativa delle ordinanze *extra ordinem*. M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962, 105 ss., secondo il quale a tali ordinanze è possibile riconoscere una funzione di integrazione del sistema normativo; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 317 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 67 ss.; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 82 ss., secondo il quale, tali ordinanze, dotate della forza di legge, pur non avendone il valore, sono da considerare atti normativi «in quanto pongono prescrizioni ripetibili o che incidono su prescrizioni già di per sé dogmaticamente considerate normative» (82-83); G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 33 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 90, secondo cui «le ordinanze hanno di regola natura non normativa anche quando si rivolgono a categorie più o meno ampie di destinatari. [...] Tuttavia ove la situazione di emergenza tenda a protrarsi, le ordinanze acquistano inevitabilmente anche un carattere di astrattezza e perdono quello della temporaneità»; E. C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2017, 1 ss. e Id., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, secondo il quale «nonostante le ordinanze emergenziali presentino una forma amministrativa, la loro natura è sostanzialmente normativa» (248).

<sup>60</sup> In tal senso G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 33 ss. e A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 67 ss.

<sup>61</sup> In tal senso G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 38.

parte della dottrina quest'ultima è stata ritenuta impropria<sup>62</sup>. Da ciò emerge che tali atti non sono soltanto l'espressione di un potere straordinario, ma anche e soprattutto derogatorio<sup>63</sup>. Ed è proprio da tale capacità derogatoria che deriva la distinzione tra atti necessitati ed ordinanze necessitate. Se, infatti, comune ad entrambi i provvedimenti è il presupposto dell'urgenza, «le funzioni relative all'emanazione di atti amministrativi di urgenza hanno carattere normale e ordinario; quelle relative all'emanazione di ordinanze hanno carattere eccezionale e straordinario». Pertanto, i primi sono strumenti previsti per fronteggiare situazioni «eccezionali in senso temporale», mentre le seconde sono volte a provvedere in «situazioni eccezionali in senso giuridico», per le quali si rendono necessarie delle deroghe alle norme di legge vigenti, non più idonee a regolare il caso concreto<sup>64</sup>. Non solo, se nel primo caso si tratta di atti «emessi in attuazione di norme che ne prefissano il contenuto», le ordinanze necessitate sono, invece, espressione «di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni»<sup>65</sup>.

La deroga alla norma di legge è contenuta nella fonte primaria che autorizza l'ordinanza a sostituirla. Pertanto, si ottiene una “disapplicazione” temporanea della legge vigente, il cui vuoto viene riempito dall'ordinanza per il periodo di tempo strettamente necessario al superamento della situazione emergenziale<sup>66</sup>. In tal senso, la norma di legge vigente diviene “cedevole” nei confronti di un atto secondario, e tale cedevolezza si ritiene compatibile costituzionalmente alla luce dello stato di necessità<sup>67</sup>, il quale assume il significato di valore costituzionale essenziale ed imprescindibile, che va oltre gli articoli 77 e 78 Cost., e con il quale si richiede all'amministrazione di adottare provvedimenti immediati, mirati e specifici, non adottabili attraverso il solo strumento della legge. In particolare, in tal caso ci si trova dinanzi ad una doppia necessità, alla quale corrisponde un duplice bilanciamento degli interessi in gioco nel caso specifico. La prima è una necessità astratta che si pone a fondamento della legge che dispone il potere di

<sup>62</sup> Il riferimento è soprattutto a L. Paladini, il cui assunto probabilmente si basava sul fatto che tali ordinanze rientrano pacificamente all'interno dell'ordinamento giuridico, mentre tale denominazione ne farebbe supporre una estraneità. Per approfondire la questione L. PALADINI, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 53 e G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 38.

<sup>63</sup> Così M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, 2005, 738.

<sup>64</sup> M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, vol. XXVII, I quadr., 1948, 393, ora in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, 952.

<sup>65</sup> V. sentenza Corte costituzionale 4 gennaio 1977, n. 4.

<sup>66</sup> A tal riguardo, G. MORBIDELLI, in *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 59 afferma che «è la stessa legge abilitativa che contiene una “autorottura” o meglio una rottura della fonte cui appartiene (e delle fonti subordinate) consentendo espressamente o per implicito la deroga».

<sup>67</sup> In tal senso G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 65.

ordinanza; la seconda, invece, è valutata in concreto, in sede di azione amministrativa quando si devono individuare le misure più idonee da adottare e tra esse, in particolare, quelle che necessitano di derogare alla legge vigente<sup>68</sup>. In tal modo, la necessità non rappresenta tanto una fonte di produzione del diritto, come indicato da Santi Romano, bensì, più propriamente, una fonte sulla produzione, qualificando il fatto straordinario e rappresentando il presupposto per il ricorso a strumenti derogatori dell'ordinamento vigente<sup>69</sup>. Tale necessità, però, oltre ad essere il presupposto ed il fondamento del potere di ordinanza, ne rappresenta anche il limite.

Data la potenziale "pericolosità" di questi provvedimenti, la Corte costituzionale è intervenuta più volte per regolare e ricondurre nell'alveo della legittimità costituzionale la materia. Dapprima, con la sentenza del 2 luglio 1956, n. 8, inerente al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. di p.s. 18 giugno 1931, n. 773<sup>70</sup>, la Corte costituzionale, rilevando che «da disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì [nell']attuale sistema nel quale vive», e sulla base di una giurisprudenza che «nell'ultimo decennio può dirsi costante», ha stabilito che tali ordinanze hanno carattere amministrativo<sup>71</sup>. Da ciò deriva, innanzitutto, che queste non possano mai abrogare la legge ordinaria, ma che possano derogarvi soltanto in quanto autorizzate a farlo da una norma di rango primario<sup>72</sup>. Non solo, dal carattere amministrativo di tali provve-

<sup>68</sup> *Ibidem*, 66 ss., ma analogamente anche G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 195.

<sup>69</sup> A ritenere che la necessità non rappresenti una fonte di produzione si vedano G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 66 ss., ma anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 72-73, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, 577-578, nonché V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 107-108. Infine, degna di nota è l'impostazione di L. GALATERIA, in *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, 75-76, secondo cui lo stato di necessità funge da presupposto, fatto di legittimazione e motivo del ricorso a strumenti derogatori.

<sup>70</sup> Avente ad oggetto le ordinanze prefettizie, e secondo il quale «il prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica». La questione di legittimità costituzionale di tale norma si basava sull'asserito contrasto con gli articoli 76 e 77 Cost., alla luce di una loro supposta concezione normativa, prevalente nella dottrina dell'epoca.

<sup>71</sup> Con riguardo a tale sentenza, si vedano G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956, 994 ss e V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, vol. I, 1956, 683 ss. Ma anche M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 ss. e V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 928 ss.

<sup>72</sup> A tal riguardo, è utile il richiamo a G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, cit., 997, secondo cui «come la legge derogata non diventa un atto amministrativo, così il provvedimento dell'amministrazione, che può legittimamente discostarsi

dimenti derivano necessariamente ulteriori canoni, che la Corte indica espressamente, «ponendo un precedente che potrebbe rivelarsi saggio»<sup>73</sup>, come l'efficacia limitata nel tempo, in relazione alla necessità ed all'urgenza del caso specifico, l'obbligo di una adeguata motivazione e di un'efficace pubblicazione, a meno che non si tratti di provvedimenti a carattere individuale, i quali, tuttavia, potrebbero già ricavarsi dall'ordinamento vigente e a cui potrebbero aggiungersi quelli di un'istruttoria completa e l'obbligo della comunicazione<sup>74</sup>. A tali limiti, dal carattere fondamentalmente amministrativo, infine, se ne aggiunge un altro, ispirato più alla coerenza del sistema costituzionale e allo spirito della Costituzione stessa, ossia «da conformità del provvedimento stesso ai principii dell'ordinamento giuridico», la cui individuazione, tuttavia, è rimessa alla sensibilità dell'interprete.

Da ciò emergono delle «ordinanze» intese come atti amministrativi del tutto peculiari: «limitati [...] dalle norme costituzionali; illegittimi se e quando pretendano incidere nelle sfere di libertà costituzionalmente garantite [...] imponendo limiti, deroghe, divieti, che non risultino di volta in volta consentiti nelle rispettive disposizioni della Costituzione» e limitati dal divieto di sostituirsi alla legge, nelle ipotesi in cui la Costituzione riserva ad essa di intervenire validamente<sup>75</sup>.

A tale sentenza segue un'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui il citato art. 2, oggetto della valutazione da parte del Giudice delle leggi, renderebbe legittimo il ricorso al potere di ordinanza anche in deroga a principi costituzionali ed in materie coperte da riserva di legge, con particolare riferimento al «diritto della libertà di stampa [che] si affievolisce in un interesse legittimo»<sup>76</sup>.

Così, l'art. 2 torna nuovamente dinanzi alla Corte costituzionale, ma questa volta non solo per l'asserito contrasto con gli artt. 76 e 77, ma anche con l'art. 70 Cost., «che serve molto bene a compendiare la censura di contrasto con le norme istitutive di riserve di legge, poiché dall'art. 70 risulta che cosa sia "legge", nel senso restrittivo, proprio ed antonomastico dell'espressione»<sup>77</sup>. Nella relati-

---

dalla regolamentazione posta da una norma di legge formale, non ne acquista per ciò soltanto la forza specifica», ossia la sua possibilità «di abrogare le leggi formali precedenti e di non essere abrogata se non da leggi formali successive».

<sup>73</sup> Cit. *Ibidem*, 1000.

<sup>74</sup> In tal senso *Ibidem*, 996 ss.

<sup>75</sup> V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, cit., 683 ss.

<sup>76</sup> Il passo riportato è ripreso dalla massima della Corte di Cassazione, in relazione alla sentenza Sez. Un. 16 giugno 1958, n. 2068, pubblicato in *Giur. cost.*, 1959, 550 ss., con nota di C. MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, 550 ss.

<sup>77</sup> Cit. V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 888.

In tal caso, la censura promossa dinanzi alla Corte non riguarda tanto la natura delle ordinanze prefettizie di cui all'art. 2, ma piuttosto la circostanza secondo la quale «non contrasterebbe, cioè, con la Costituzione l'attribuzione ad autorità amministrative di poteri di ordinanza, per

va sentenza del 27 maggio 1961, n. 26, la Corte, confermandone la natura di atto amministrativo e il necessario rispetto dei principi dell'ordinamento<sup>78</sup>, ha precisato che le ordinanze contingibili ed urgenti non possono mai intervenire in materie coperte da riserva di legge assoluta, mentre possono farlo in quelle soggette a riserva relativa, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere di ordinanza sia stato conferito<sup>79</sup>. Alla luce di ciò, le due sentenze citate «si presentano allora come due facce, intervallate nel tempo, di una sola ed unica soluzione della stessa questione di legittimità costituzionale»<sup>80</sup>, in cui la seconda decisione serve a meglio puntualizzare quanto già sancito nella prima, in modo da affermare una interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 2 e, conseguentemente, dello strumento delle ordinanze *extra ordinem*.

Un ulteriore intervento della Corte, infine, è rappresentato dalla sentenza del 14 aprile 1995, n. 127, questa volta con riguardo all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nella parte in cui prevedeva che il potere di ordinanza potesse essere esercitato «in deroga ad ogni disposizione vigente». Nell'occasione, la Corte, affermando che «proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio: il potere di

---

provvedere a situazioni di urgenza non specificamente previste perché imprevedibili. Ma contrario a Costituzione è l'ammettere che provvedimenti siffatti incidano "in senso difforme" su materie "in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario"; o incidano su materie coperte da riserva di legge, in senso difforme dalla legge stessa». V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., 889.

<sup>78</sup> Fondamentale è il passo della sentenza in cui si legge che «la illegittimità costituzionale dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico».

<sup>79</sup> La decisione della Corte si pone in contrasto con chi in dottrina aveva sostenuto che tali ordinanze costituissero l'unica deroga possibile al principio della riserva di legge, da parte di un atto amministrativo dispositivo, ma anche con coloro i quali ritenevano che si trattasse più propriamente di una deroga al principio di legalità. A tale ultima conclusione, infatti, è possibile obiettare che il principio di legalità rappresenta uno dei principi generali dell'ordinamento giuridico, al cui rispetto tali ordinanze sono sempre vincolate. Nel senso degli atti di ordinanza quale deroga al principio della riserva di legge si vedano M.S. GIANNINI, *Poteri di ordinanza e atti necessitati*, cit., 338 ss., ma anche ID., *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giur. it.*, vol. III, 1959, 65 ss. Per gli atti di ordinanza intesi come possibile deroga al principio di legalità si vedano S. FOIS, *Ancora sulla "riserva di legge" e la libertà economica privata*, in *Giur. cost.*, 1958, 1252 ss. e ID., *"Riserva originaria" e "riserva di legge" nei principi economici della Costituzione*, *ivi*, 1960, 476 ss. Infine, con riguardo all'obiezione secondo la quale il principio di legalità rappresenti uno di quei principi generali dell'ordinamento, dai quali «i poteri di ordinanza siano sempre limitati [...] siano o non siano costituzionali», si veda V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., 890.

<sup>80</sup> Cit., V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., 896.

ordinanza non può dunque 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», ha ribadito la compatibilità del potere di ordinanza con la Costituzione, ma ha anche specificato come tale potere sia soggetto ad una serie di limiti di tempo e di contenuto, tra cui la necessaria ed espressa individuazione delle principali norme a cui si intenda derogare e il motivo per il quale si intenda farlo<sup>81</sup>. Da ciò, emerge chiaramente come una rilevanza decisiva vada riconosciuta al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, fra cui, in particolare, il principio di legalità e quelli di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza, ma anche la normativa dell'Unione europea e gli obblighi internazionali, in quanto idonei a sottrarre tale strumento dall'alveo dell'eccezione, riconducendolo all'interno dell'ordinamento giuridico vigente e nel perimetro dello stato di emergenza<sup>82</sup>.

Alla luce di quanto detto, le ordinanze *extra ordinem* sono atti finalizzati alla gestione e al superamento di una emergenza, della quale divengono fonte regolatoria<sup>83</sup>, e, in quanto tali, sono idonee ad innovare l'ordinamento, seppur per un periodo di tempo limitato alla contingibilità e all'urgenza della specifica situazione emergenziale, per il cui superamento, il relativo contenuto non è tipizzato dalla legge che ne autorizza l'emanazione, ma lasciato alla discrezionalità dell'autorità amministrativa.

#### 4. Il potere amministrativo d'emergenza

Come già accennato, un diritto dell'emergenza assume un'importanza decisiva ai fini della conservazione dell'esistenza di un ordinamento giuridico, attraverso il ricorso a poteri straordinari, che rappresentano uno dei momenti di massima espansione dell'autorità statale<sup>84</sup>. Tali poteri straordinari possono ricollegarsi ad una situazione emergenziale derivante da un fatto esterno oppure interno all'ordinamento<sup>85</sup>. Nel primo caso, il ricorso ai poteri straordinari si

<sup>81</sup> Alcuni autori hanno osservato che questa tendenza alla tipizzazione delle ordinanze *extra ordinem* rappresenti, in realtà, un modo per normalizzare il potere di ordinanza, con tutti i pericoli che la normalizzazione di uno strumento straordinario può causare. A tal riguardo si veda M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit., 735 ss.

<sup>82</sup> Per un'analisi precisa dei limiti del potere di ordinanza, si vedano G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 39-40 e M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641 ss.

<sup>83</sup> Dello stesso avviso E.C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza*, cit., 251.

<sup>84</sup> A tal riguardo, è utile il richiamo a B. ACKERMAN, *La costituzione di emergenza*, Roma, 2005, 26, secondo cui «lo stato di emergenza pone il governo in grado di assumere misure straordinarie nella sua lotta all'ultimo sangue per la sopravvivenza».

<sup>85</sup> In tal senso A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 42-43.

rende necessario per tutelare le istituzioni dell'ordinamento costituzionale da un tentativo di sovvertimento, dal quale deriva un'incisione nei confronti del potere legislativo. Nel secondo, invece, ad essere minacciati dall'emergenza sono i cittadini e il potere inciso è quello amministrativo; da qui il ricorso a poteri straordinari, che si esprimono attraverso l'emaneazione di atti propri del potere esecutivo, quali i decreti-legge e le ordinanze *extra ordinem*.

In recenti studi<sup>86</sup>, è stata coniata la locuzione "amministrazione dell'emergenza". Questa attiene essenzialmente alla prevenzione e alla gestione delle situazioni emergenziali, quali attività collegate alle funzioni dell'amministrazione pubblica, attraverso il ricorso a strumenti e ad apparati straordinari. Al fine di una sua migliore comprensione, un'attenta dottrina ha analizzato l'amministrazione dell'emergenza sulla base di tre differenti accezioni<sup>87</sup>.

La prima accezione tipica dell'amministrazione dell'emergenza riguarda la peculiare relazione che si instaura fra la norma e il fatto emergenziale. Infatti, in una situazione ordinaria, la relazione tra norma e fatto si fonda sulla costruzione *ex ante* di fattispecie giuridiche astratte e sulla relativa disciplina da applicare a tutti quei fatti rientranti al suo interno. Senonché, in caso di emergenza, il fatto si caratterizza per una imprevedibilità ed una intensità tali da sfuggire allo schema basato su una disciplina generale individuata preventivamente. In altre parole, il fatto emergenziale è tale da mettere in crisi la relazione ordinaria che intercorre tra il fatto stesso e la norma.

La seconda accezione si basa, invece, sull'evoluzione storica della nostra società, che ne ha favorito il rischio e l'incertezza nelle relazioni sociali<sup>88</sup>. In

<sup>86</sup> Il richiamo è al convegno organizzato dall'Università Roma Tre dall'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo nel 2005, sul tema "Il diritto amministrativo dell'emergenza".

<sup>87</sup> L'individuazione di tre differenti accezioni della locuzione "amministrazione dell'emergenza" si trova in F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. VI, Milano, 2013, 44-46 e, seppur indirettamente, in C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005*, Milano, 2006, 5-7.

<sup>88</sup> Il richiamo è ai concetti di "società dell'incertezza" e "società del rischio", ampiamente indagati negli studi sociologici. A tal riguardo, Z. BAUMAN, in *La società dell'incertezza*, (trad. it.), Bologna, 1999, ritiene che «il disagio della postmodernità nasce da un genere di libertà nella ricerca del piacere che assegna uno spazio troppo limitato alla sicurezza individuale». Secondo l'Autore, l'epoca postmoderna si caratterizza per un aumento della libertà, ma anche per un conseguente aumento dell'incertezza. Non solo, nella società postmoderna, questa maggiore libertà è propria di pochi, ma «la libertà senza comunità significa pazzia, e la comunità senza libertà significa schiavitù», da qui la necessità di capire «come sacrificare quel poco di libertà (e non di più) necessario a rendere il tormento dell'incertezza tollerabile e sopportabile» (82). Infatti, l'uomo postmoderno vive in una condizione di perenne disagio e incertezza, causata da una società sempre più complessa, dovuta all'enorme progresso tecnologico, unito a dinamiche conflittuali sconosciute in epoca moderna, nonché alla dissoluzione del precedente ordine socio-politico, che ha lasciato il posto a legami sovranazionali sempre più intensi e ad un mercato sempre più globale, e tale da

tal senso, l'amministrazione dell'emergenza agisce in modo preventivo nell'imminenza e nel pericolo del fatto emergenziale<sup>89</sup>. Ciononostante, il concetto di "emergenza" va tenuto distinto da quello di "rischio". Il primo, infatti, riguarda un pericolo attuale, mentre il secondo è la fattispecie che preconizza la possibilità di determinarsi di un pericolo: se l'uno, pertanto, è riparativo, l'altro è preventivo.

Infine, se la seconda accezione riguarda l'amministrazione dal punto di vista oggettivo, la terza prende le mosse da una visione soggettiva, attenendo ai suoi riflessi organizzativi. Da tale punto di vista, si osserva come l'ordinamento italiano si sia dotato di un modello organizzativo nazionale misto, composto da specifiche amministrazioni cui spetta la gestione ordinaria dell'emergenza e amministrazioni con competenze plurime, ma ugualmente corresponsabili sul

---

rendere incerti i rapporti umani, caratterizzati essi stessi da un consumismo di massa che tende a spostarsi anche nelle relazioni fra gli individui e nelle loro emozioni, lasciando spazio a mode passeggere e valutazioni basate su un gusto apparente, più che su un giudizio di valore. Da questa incertezza deriva un aumento del rischio, che impone un nuovo approccio nella sua percezione, ma anche nella prevenzione e nella gestione delle situazioni emergenziali. Analogamente, riguardo al concetto di "società del rischio", U. BECK, in *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, (trad. it.), Roma, 2000, afferma che, «prima o poi, nel continuum del processo di modernizzazione, le situazioni e i conflitti sociali di una società "distributrice di ricchezza" iniziano ad intersecarsi con quelli di una società "distributrice di rischi"» (27). La moderna società industriale, improntata ad una tendenza di globalizzazione economica e sociale, dettata dall'enorme progresso tecnologico, conduce ad una espansione globalizzatrice dei rischi, insiti nella società. Senonché «l'evidenza delle necessità rimuove dalla coscienza la percezione dei rischi» (59), così «molti dei nuovi rischi [...] si sottraggono completamente alla capacità di percezione umana» (40), divenendo invisibili e muovendo verso una sempre maggiore diffusione. In tal modo si crea «l'obiettivo comunanza di una situazione globale di pericolo», nella quale «cresce minacciosa la realtà del rischio, che non conosce più distinzioni né confini sociali e nazionali» (61), per giungere, infine, ad una «società mondiale del rischio [che] pertiene a un mondo che può essere caratterizzato dalla perdita di una distinzione chiara tra natura e cultura» (359).

<sup>89</sup> Sulla base di questa accezione, in dottrina si è parlato di un'amministrazione del rischio, distinguendola dall'amministrazione dell'emergenza. Senonché, tale distinzione è stata criticata, dal momento che «nei fatti l'estensione di quest'ultima (l'amministrazione dell'emergenza), tesa a costruire un sistema razionale predeterminato di riduzione dell'imprevisto o di reazione pronta ed efficace all'imprevisto, crea oggettivi nessi di sovrapposizione tra i due concetti». I due concetti di "rischio" ed "emergenza", infatti, sembrerebbero essere sovrapponibili, in particolare sulla base di tre argomentazioni: l'eccezionalità di una reale imprevedibilità dei fatti emergenziali; la possibilità, tutt'altro che remota, che l'emergenza sia la conseguenza di un'attività rischiosa precedentemente autorizzata; la possibilità che l'emergenza sia frutto del mancato rispetto di quelle regole che avrebbero consentito un'adeguata gestione dei rischi. La citazione è ripresa da F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 46, mentre le tre argomentazioni sulla base delle quali i concetti di "rischio" ed "emergenza" sarebbero sovrapponibili sono presenti in A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 12-13. La distinzione di un'amministrazione del rischio da quella dell'emergenza si riscontra in G. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 561, il quale riprende in parte le considerazioni di A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 223.

piano della gestione dell'emergenza, alle quali si affiancano altre amministrazioni che esercitano i poteri di emergenza solo in situazioni straordinarie.

Dal quadro poc'anzi delineato emerge come tali accezioni non siano fra loro concettualmente autonome, ma vadano considerate unitariamente, in modo da costituire gli elementi che compongono una funzione unitaria e distinta, rispetto a quella ordinaria, ed esercitata da più soggetti<sup>90</sup>. La peculiarità di tale funzione è che essa si manifesti in presenza di condizioni specifiche e non puntualmente predeterminabili, coerentemente alla sua natura di funzione straordinaria. In particolare, questa si caratterizza per la presenza di una norma che individua un soggetto al quale si attribuisce un potere discrezionale e straordinario, finalizzato all'emanazione di atti derogatori della disciplina ordinaria<sup>91</sup>. Ma la caratteristica fondamentale è la durata necessariamente provvisoria di tali poteri straordinari, i quali sono attribuiti per una durata temporale strettamente necessaria al superamento della fase emergenziale<sup>92</sup>.

Da tali considerazioni, emerge come l'amministrazione di emergenza rappresenti una funzione di completamento rispetto a quella ordinaria, dal momento che gli interessi protetti sono i medesimi già tutelati in via ordinaria, ma la straordinarietà della minaccia loro apportata rende inadeguata una tutela solamente ordinaria. Sicché, all'amministrazione ordinaria subentra quella di emergenza, basata su un esplicito ed ulteriore riconoscimento formale che intervenga a monte, caratterizzandosi, di norma, per l'attribuzione di poteri speciali ad uffici od organi differenti da quelli ordinari, spesso in deroga alle regole procedurali ordinarie<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> In questi termini F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 46-47 ma anche A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 224, 238-240. Secondo altri, a causa del sempre più frequente ricorso agli strumenti e agli apparati amministrativi emergenziali, l'amministrazione dell'emergenza configurerebbe una funzione parallela a quella ordinaria, la cui opportunità di intervento sarebbe sostanzialmente rimessa alla valutazione discrezionale del Governo. A tal riguardo si vedano V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, 377 e, con particolare riferimento al consistente ricorso ai commissari statali, quale sintomo di una funzione parallela D. CALDIROLA, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, 2010, 207. Ma anche C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, 317 ss. secondo cui l'amministrazione dell'emergenza rappresenterebbe una funzione addirittura alternativa, più che parallela.

<sup>91</sup> In tal senso A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 91 e F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 46-47 secondo cui si tratta di una discrezionalità tecnica.

<sup>92</sup> A sottolineare che la temporaneità rappresenti un tratto essenziale della funzione di amministrazione dell'emergenza, la cui durata dipenderà dal concreto fatto emergenziale che l'amministrazione sarà chiamata ad affrontare, è M.A. CABIDDU, in *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, 178, ma, in senso ampio, distinguendo fra deroga e sospensione, giunge alle stesse conclusioni anche G.U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964. Le stesse conclusioni sono riprese e ampiamente argomentate da F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 47-48.

<sup>93</sup> In tali termini F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 48; sul tema dell'inadeguatezza,

Tuttavia, è evidente che, in caso di emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile, per la gestione del quale si renda necessario il ricorso a strutture e poteri straordinari, il rispetto del principio di legalità rischi di essere compromesso. Ciononostante, per consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>94</sup>, l'attribuzione di poteri amministrativi deve sempre rispettare il principio di legalità sostanziale<sup>95</sup>, che, in tal caso, deve integrarsi con quello in senso formale<sup>96</sup>, in modo da circoscrivere i confini dei poteri emergenziali e assicurare una serie di garanzie minime<sup>97</sup>. A tal fine, ad integrare l'operatività del principio di legalità, concorrono altri principi ad esso complementari<sup>98</sup>. Innanzitutto, assume rilievo il principio

---

da parte dell'amministrazione ordinaria, a tutelare, in situazioni straordinarie, quegli stessi interessi che tutela in situazioni di normalità, si veda anche M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005*, cit., 184-186.

<sup>94</sup> A tal riguardo, si vedano le sentenze della Corte costituzionale: 24 novembre 1958, n. 59; 4 gennaio 1977, n. 4; 29 luglio 1982, n. 150; 14 aprile 1995, n. 127; 7 ottobre 2003, n. 307; 29 dicembre 2004, n. 425; 6 febbraio 2009, n. 32; 7 aprile 2011, n. 115. In tale ultima sentenza, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nella parte in cui prevedeva la possibilità per il Sindaco, quale ufficiale del Governo, di emanare ordinanze al fine di prevenire o eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana e l'incolumità pubblica, «anche» al di fuori dei casi di contingibilità e urgenza. In tale circostanza, ribadendosi «che deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se «temporalmente delimitate» (*ex plurimis*, sentenze n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 8 del 1956) e, comunque, nei limiti della «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare» (sentenza n. 4 del 1977)», la Corte ha affermato che «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». Alla base di tale pronuncia è collocato il principio di legalità sostanziale, dal quale deriva che ogni attribuzione di poteri amministrativi non possa essere totalmente «libera» nel contenuto e nelle modalità di esercizio.

<sup>95</sup> Il principio di legalità in senso sostanziale rappresenta un *quid pluris* rispetto a quello in senso formale, in quanto non si ritiene sufficiente che il potere sia genericamente attribuito da una norma di legge, ma si richiede che il suo esercizio sia determinato nel contenuto, nei fini e nelle modalità. Per approfondire il tema del principio di legalità e della sua evoluzione si vedano, *ex multis*, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 197 ss.; S. TARULLO, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 57 ss.; L. CARLASSARE e P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, agg. V, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2001. Per la recente distinzione, all'interno del principio di legalità sostanziale, fra legalità-indirizzo e legalità-garanzia, si vedano D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2018, 30 ss. e M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 72. Infine, per un'analisi sul fondamento del principio di legalità del nostro ordinamento, si veda S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973.

<sup>96</sup> Sull'integrazione fra la legalità formale e quella sostanziale, si veda F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Diritto pubblico*, 2007, 431-432.

<sup>97</sup> Analogamente F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 53-54.

<sup>98</sup> R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 447-448. Il richiamo alla complementarità dei principi di proporzionalità, precauzione e sussidiarietà orizzontale si riscontra anche in F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 54-55.

di proporzionalità, inteso come adeguatezza della misura e del potere esercitato, rispetto al fine perseguito, avuto riguardo al sacrificio imposto agli altri interessi in gioco, il quale deve essere il minore possibile<sup>99</sup>. Non solo, acquistano un valore complementare, al fine di normare le condizioni emergenziali, anche i principi di precauzione e di sussidiarietà orizzontale. Nel primo caso, si tratta di un principio di matrice comunitaria, la cui finalità è quella di gestire adeguatamente i rischi e la loro percezione<sup>100</sup>, adottando misure in grado di ridurre la possibilità che si possano verificare danni<sup>101</sup>. Il principio di sussidiarietà orizzontale, invece,

---

<sup>99</sup> In tal senso, in relazione al principio di proporzionalità, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 210. Per approfondire il tema, si vedano anche A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Il principio di proporzionalità, inteso come minor sacrificio possibile imposto ai soggetti privati, è richiamato anche in giurisprudenza, a tal riguardo, si vedano le sentenze: 12 giugno 2012, n. 3412 della VI sezione del Consiglio di Stato; 23 febbraio 2002, n. 440 della II sezione del Tar Piemonte; 15 settembre 2006, n. 8614 della III sezione del Tar Lazio, Roma; 15 febbraio 2008, n. 260 della II sezione del Tar Liguria; 31 luglio 2008, n. 1803 della II sezione del Tar Piemonte; 18 marzo 2011, n. 427 del Tar Lombardia, Brescia.

<sup>100</sup> A tal riguardo, N. LUHMANN, in *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, distingue tra “rischio” e “pericolo”. Nel primo caso, il danno futuro «viene visto come conseguenza della decisione» di un individuo, mentre nel secondo «l'eventuale danno [è] dovuto a fattori esterni» (32). Secondo l'Autore, la società moderna percepisce il futuro sulla base del rischio, ma tale percezione non è basata su fattori oggettivi, bensì varia a seconda di come l'osservatore percepisce di volta in volta la situazione di incertezza. Pertanto, la gestione dei rischi deve passare necessariamente per una loro corretta percezione. Senonché i rischi della nostra società si caratterizzano soprattutto per una loro invisibilità che ne rende più complessa la gestione, ed è l'amministrazione a dover predisporre quegli strumenti in grado di rendere possibili la conoscenza e la corretta percezione dei rischi. In tal senso, si veda F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, 201.

<sup>101</sup> Il principio di precauzione nasce in ambito filosofico, nel momento in cui ci si pone il problema etico di come comportarsi nei confronti della tecnologia e del progresso tecnologico, da qui la stretta relazione fra tale principio e i concetti sociologici di “società del rischio” e “società dell'incertezza”. Infatti, in una società complessa, nella quale si corre il rischio di prendere decisioni irragionevoli, dettate dall'incertezza e dalla paura, il principio di precauzione mira a ricondurre l'azione e le decisioni del decisore pubblico all'interno dei canoni della ragionevolezza e della proporzionalità. In questo secondo caso, infatti, maggiore è l'incertezza e maggiore sarà il ricorso alla cautela, in modo da prendere tempo e acquistare maggiore consapevolezza sui punti ritenuti più oscuri. Va detto, tuttavia, che “precauzione” non significa “inerzia”, ma implica sempre un'azione. Infatti, il principio di precauzione si può definire come «un principio giuridico attributivo di competenze, ossia una norma di azione, che conferisce al decisore pubblico un potere ampiamente discrezionale, in funzione del perseguimento delle finalità tipiche connesse al potere medesimo».

Strettamente connessi con il principio di precauzione sono i concetti di “pericolo” e “danno”. Con riguardo al primo, «il pericolo contemporaneo non coincide più con la probabilità di verificazione di un evento temuto», ma esso rappresenta, piuttosto, «qualunque possibile e significativo effetto negativo sulla vita, sull'integrità psico-fisica dell'individuo». Quanto al concetto di “danno”, invece, rilevante ai fini dell'individuazione di un pericolo, «esso non

orienta l'azione amministrativa ad una gestione partecipata del rischio, volta a rendere consapevoli i soggetti e le comunità dei pericoli e delle misure necessarie a contrastarli, oltretutto a sviluppare un senso di consapevolezza che porti ad assumere comportamenti che facilitino la gestione dell'emergenza<sup>102</sup>. Infatti, per garantire una maggior legittimazione dei poteri straordinari di emergenza, è necessario assicurare il più possibile la partecipazione dei privati, e ciò può avvenire in tre modi: con riguardo ai soccorsi prestati nell'immediatezza degli eventi calamitosi; garantendo loro più informazioni possibile; stimolando una miglior consapevolezza e responsabilità sociale<sup>103</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, va osservato che in Italia il concetto di emergenza è stato dilatato e normalizzato, facendo a tratti coincidere l'amministrazione dell'emergenza con una funzione di amministrazione ordinaria ed esponendo, in tal modo, l'ordinamento vigente ad un evidente pericolo nel momento in cui una grossa emergenza si fosse materializzata<sup>104</sup>. E puntualmente, nel 2020, un'e-

---

coincide più con quello "probabile", bensì con «quello anche solo temuto, poiché semplicemente "possibile"». Dall'evoluzione di tali concetti deriva il passaggio da un rischio inteso come una situazione di incertezza oggettiva e comprovata, ad uno soltanto «temuto, sospettato, e, quindi, essenzialmente potenziale». Da qui la differenza tra due concetti fra loro spesso confusi, ossia quelli di "precauzione" e "prevenzione". La prima è volta a limitare rischi ancora ipotetici o potenziali, mentre la prevenzione tende a controllare rischi già verificatisi. Entrambi i concetti, poi, rientrerebbero in quello più ampio di prudenza, che inerisce a tutte le condizioni in grado di generare un danno, il quale, a sua volta, si distingue dal rischio, che è definibile come un danno più o meno prevedibile. Pertanto, il principio di precauzione va oltre la semplice prevenzione, dal momento che consente l'adozione di misure per un danno potenziale e futuro, ma concretamente individuato, il cui rischio concreto, tuttavia, non è ancora concretamente individuabile. Le citazioni riportate sono tratte da M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006, 200 e 182-183. La distinzione tra i concetti di "precauzione", "prevenzione" e "prudenza" è enunciata in F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. n. 6, 2005, 1673 ss., ma anche in P. KOURILSKY e G. VINEY, *Le principe de précaution*, Parigi, 2000, 16-20. Al fine di un ulteriore approfondimento del principio di precauzione, si vedano, inoltre, L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., secondo cui l'adozione di misure precauzionali è legittimata solo dal concetto di rischio e non da quello di pericolo, non potendosi, di conseguenza, applicare il principio di precauzione a quelle situazioni di «mero pericolo» (99); M. P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. n. 1, 2006, 1 ss.; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. n. 1, 2007, 57 ss.

<sup>102</sup> In questi termini F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 54-55; analogamente anche G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, 33-35 e P. MANTINI, *Lo ius publicum della ricostruzione in Abruzzo*, in P. MANTINI (a cura di), *Il diritto pubblico dell'emergenza e della ricostruzione in Abruzzo*, Padova, 2010, 28-29.

<sup>103</sup> In tal senso F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2005, 3118 ss.

<sup>104</sup> Tali considerazioni, con riguardo alla progressiva dilatazione del concetto di emergenza,

mergenza pandemica senza precedenti nella storia recente ha colpito il nostro Paese, e non solo, con ingenti ripercussioni in diversi settori dell'ordinamento, in particolare sul versante del sistema gerarchico delle fonti, ma anche su quello dell'assetto della forma di governo e di amministrazione, sui rapporti tra centro e periferia, nonché, e soprattutto, sul tema della limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Nel nostro ordinamento, sembra esistere una cultura istituzionale dell'emergenza<sup>105</sup> ben radicata, secondo la quale si pensa di poter, o di dover, ricorrere a strumenti straordinari ogniquale volta si presenti la necessità di far fronte ad una situazione particolarmente complessa, benché né straordinaria, né imprevista o imprevedibile. In tal modo, nel corso degli anni, il ricorso a strumenti straordinari quali, non solo i decreti-legge, ma anche le ordinanze *extra ordinem*<sup>106</sup>, si è fortemente intensificato, snaturando e dilatando il concetto di emergenza. E ciò, nella convinzione che ricorrere a strumenti straordinari e derogatori sia l'unico modo per assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, quando, piuttosto, ad avviso di chi scrive, una tale prassi non può che produrre effetti negativi, tanto sull'efficienza della funzione di amministrazione ordinaria, quanto su quella dell'amministrazione dell'emergenza. Infatti, un'amministrazione ordinaria che per le sue inefficienze ricorra agli strumenti di amministrazione straordinaria è destinata ad un graduale decadimento della qualità della propria attività, così come un'amministrazione straordinaria che tenda sempre di più ad occuparsi di situazioni ordinarie è destinata a divenire inefficiente in caso di situazioni straordinarie.

In tal modo, sembra essere venuta meno la necessaria temporaneità dell'emergenza, nonché la stretta relazione intercorrente tra il concetto di emergenza e l'emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile. Non solo, sempre più spesso, oltre alle emergenze causate da fattori esterni all'amministrazione, si assiste ad emergenze generate dall'inefficienza dell'amministrazione stessa nello svolgimento delle proprie funzioni, con un'evidente anomala torsione dei presupposti di una situazione emergenziale. Tali considerazioni, hanno prodotto una sorta di

---

si riscontravano già nel 2005 nella relazione di F. Salvia al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo sul tema "Il diritto dell'emergenza". Tale relazione è riportata in F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit.

<sup>105</sup> Di una cultura istituzionale dell'emergenza, ritenuta egemone nel nostro Paese e tale da dilatare il concetto stesso di emergenza, ne parlava già F. SALVIA, in *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit., 763-764, ma il concetto è ripreso più recentemente anche da G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, 37.

<sup>106</sup> Per un'analisi approfondita sull'aumento delle ordinanze *extra ordinem* e sulla loro sovrapposizione, si veda A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 10-47.

“normalizzazione” o di “stabilizzazione”<sup>107</sup> dell'emergenza, con una inevitabile commistione fra le funzioni di amministrazione ordinaria e di amministrazione straordinaria, dal momento che, «se tutto diventa emergenza, niente è emergenza (e viceversa)»<sup>108</sup>.

Emblematica di tale cultura istituzionale è stata l'inserzione dei grandi eventi, da parte dell'art. 5, 1° comma, della legge 9 novembre 2001, n. 401, nel testo dell'art. 1 della legge n. 225/1992, fra quelle situazioni che giustificano il ricorso a poteri e strumenti straordinari, estendendone, pertanto, fortemente l'utilizzo, nonostante di straordinario non avessero nulla<sup>109</sup>.

A tal riguardo, la dottrina più attenta ha richiamato la figura del *dictator* di epoca romana<sup>110</sup>, nella quale si possono individuare diverse analogie con l'evoluzione avvenuta in Italia. Infatti, se in epoca repubblicana, tra il V e il III secolo a.C., la dittatura rappresentava uno strumento straordinario, utilizzabile all'interno di limiti temporali e funzionali ben definiti, al fine di proteggere la Repubblica da situazioni di pericolo, negli anni di crisi, che fungono da anticamera all'instaurazione dell'Impero, la straordinarietà, la temporaneità e la determinatezza dell'istituto si affievoliscono, incrementando i poteri *extra ordinem* e trasformando l'istituto in uno strumento esterno rispetto all'ordinamento vigente.

Alla luce di ciò, si noti come la pandemia da Covid-19 si sia inserita in un contesto nel quale il ricorso a strumenti straordinari era già oggetto di abuso. Infatti, se il decreto-legge può considerarsi ormai uno strumento di legislazione ordinaria, un'evoluzione simile è stata vissuta anche dalle ordinanze *extra ordinem*, le quali rischiano di divenire uno strumento para-ordinario, snaturando e compromettendo il concetto di amministrazione dell'emergenza nel nostro Paese. Non solo: nel tempo si è assistito alla prassi anomala di decreti-legge che per il loro completamento<sup>111</sup> e la loro attuazione rimandano a norme di rango secon-

<sup>107</sup> Nel primo caso il richiamo è A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., ma anche a P.G. GRASSO, *Necessità (stato di) (diritto pubblico)*, cit.; mentre, parlando di “stabilizzazione” dell'emergenza ci si rifà ad S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, 649 ss., ma anche ad A. SIMONCINI, *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006. Infine, sempre con riferimento alla stabilizzazione delle strutture e dei poteri di emergenza e con riferimento all'ambito della gestione dei rifiuti si veda anche F. MERLONI, *Ragionando sui rifiuti campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 2007, 927-928.

<sup>108</sup> Cit. C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 8.

<sup>109</sup> Per approfondire il tema dell'evoluzione della legislazione di protezione civile si rimanda a C. MEOLI, *Protezione civile*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, agg. 2013.

<sup>110</sup> Si tratta di F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit., 763 e 769-771, secondo cui l'istituto del *dictator* romano presenta «impressionanti analogie con l'assetto dell'emergenza nel nostro tempo, specie nella sua più recente evoluzione».

<sup>111</sup> Il riferimento è a quelle disposizioni, contenute in un decreto-legge, non complete e non

dario, con un'evidente incertezza in relazione al presupposto dei «casi straordinari di necessità ed urgenza»<sup>112</sup>. Tale prassi è, infine, venuta a compiuta evidenza durante la gestione dell'emergenza da Covid-19 in cui si è assistito a norme in bianco, contenute in decreti-legge che legittimavano successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri per la loro attuazione. E ciò, non sempre in un rigoroso rispetto dei principi e delle regole sottesi al sistema gerarchico delle fonti e, in particolare, del principio di legalità sostanziale<sup>113</sup>.

---

sufficientemente dettagliate, che si limitano a rinviare ad un successivo intervento normativo, da parte di un altro soggetto, che contenga una disciplina completa e dettagliata della materia in questione, andando così a riempire le lacune volontariamente contenute nel decreto-legge.

<sup>112</sup> Tale prassi anomala è stata di recente messa in evidenza da E. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, cit., 20-21, secondo il quale un decreto-legge di per sé non già autonomo ed immediatamente applicabile, ma che rinvii ad un successivo intervento normativo per la sua attuazione, rappresenta un'incoerenza logica. Durante i mesi di pandemia, inoltre, l'anomala successione di decreti-legge e dPCM è stata messa in evidenza anche da A. VENANZONI, *L'innomabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritto fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2020.

<sup>113</sup> Il riferimento è al d.l. del 23 febbraio 2020, n. 6, al quale fanno seguito sette dPCM attuativi, nonché al d.l. del 25 marzo 2020, n. 19, sulla base del quale vengono emanati altri quindici dPCM. In particolare, con riguardo ai dPCM attuativi del d.l. n. 6, si ritiene di dover operare una distinzione: se, infatti, i primi quattro (23/02, 25/02, 01/03 e 04/03) possono dirsi rispettosi del principio di legalità sostanziale, in quanto trovano la loro base legale nell'art. 1 del citato decreto, rappresentandone una diretta e puntuale attuazione, lo stesso non può dirsi per i dPCM dell'8, 9 e 11 marzo. Tali decreti, infatti, traggono la loro legittimazione dalla generica previsione dell'art. 2 del d.l. n. 6, così, in tal modo, l'esercizio del potere amministrativo risulta evidentemente indeterminato sia nel contenuto che nelle modalità, ponendo più di una perplessità sull'effettivo rispetto del principio di legalità sostanziale. In tal senso si veda M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, ma anche G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *www.federalismi.it*, 18 marzo 2020, 9 ss. e A. VENANZONI, *L'innomabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritto fondamentali e stato di eccezione*, cit., secondo il quale tali dPCM dispongono in maniera analitica, puntuale e organica, fino al punto di «incarnarsi nella fonte di loro stessi», generando una torsione *extra ordinem* di auto-legittimazione, derivante dallo stato di emergenza stesso piuttosto che dal decreto-legge. Come l'emergenza impatti e abbia impattato sul sistema delle fonti è stato un tema attentamente approfondito dalla migliore dottrina. Sul punto M. LUCIANI, in *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., ritiene che «sul piano dei rapporti formali tra le fonti, le gravi preoccupazioni avanzate nel dibattito pubblico non siano fondate» (111-112), e pone alla base dei poteri emergenziali la Dichiarazione dello stato d'emergenza del 31 gennaio 2020 e le norme del Codice della protezione civile (d.lgs. n. 1/2018). Secondo I. NICOTRA, in *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, 61, l'emergenza pandemica sembrerebbe, invece, uscire dai confini del Codice della protezione civile, improntato più sulla fattispecie emergenziale tipica delle calamità naturali. Come rileva, poi, A. MAGLIA, in *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *www.rivistaic.it*, fasc. n. 2, 2021, 149, i dPCM che hanno rappresentato l'emblema della gestione dell'emergenza pandemica si fondano non soltanto sulla Dichiarazione dello stato d'emergenza e sulle norme del Codice della protezione civile, ma anche su una sequenza di decreti-legge, e ciò ha portato alcuni Autori a parlare di un «doppio

Pertanto, l'incertezza e l'impreparazione, cui si è assistito negli ultimi mesi, non possono che essere il frutto di una stratificazione di prassi, che hanno contribuito a snaturare la funzione di amministrazione dell'emergenza, ponendo più di una perplessità in relazione al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, oltretutto rendendo inefficaci quegli strumenti straordinari di cui la stessa dovrebbe servirsi.

## 5. *Alcune conclusioni*

Se l'emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile è un qualcosa di inevitabile nel corso della vita di un ordinamento giuridico, lo stato di emergenza non può che rappresentare una situazione anomala nella normalità. Tale situazione anomala può essere considerata come una situazione di "malessere" puramente transitoria, che, grazie agli strumenti che l'ordinamento vigente già contempla, viene superata per ritornare ad uno stato di ordinaria normalità.

Il nostro ordinamento contempla uno stato di emergenza di rilievo nazionale, della durata di 12 mesi, prorogabile per non più di ulteriori 12 (art. 24, 3° comma, d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1). Tale disposizione è contenuta in una norma di rango primario, che, come tale, può essere modificata o abrogata da una nuova disposizione legislativa, idonea a prolungare la durata massima dello stato di emergenza al termine dei 24 mesi. Tuttavia, se questo può ritenersi rispettoso di un principio di legalità in senso formale, lo stesso non può dirsi per una legalità sostanziale, intesa come coerenza dell'intero sistema costituzionale. Una modifica "in corsa", ad opera del legislatore, dei termini e dei limiti dello stato di

---

binario) o di «due distinte "catene" o "filieri"» di produzione del diritto dell'emergenza. Nel primo caso si tratta di C. SAGONE, *La libertà di circolazione*, in *www.rivistaaiic.it*, fasc. n. 4, 2020, 105, mentre nel secondo di R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *www.consultaonline.it*, n. 3, 2020, 519. Circa la natura di questi dPCM, secondo E. RAFFIOTTA, in *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, 4, essi presentano tutti i tratti distintivi delle ordinanze *extra ordinem*. Dello stesso avviso, M. LUCIANI, in *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., e M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *www.federalismi.it*, 18 marzo 2020. Di opinione contraria è, invece, A. LUCARELLI, in *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 558 ss., secondo il quale il decreto-legge, inteso come vera e propria *Grundnorm* dell'emergenza da Covid-19 (563), «è come se tipizzasse *ex novo* una nuova tipologia di dpcm», che esula dalle norme del Codice di protezione civile, il quale «al massimo può essere inteso come una norma-riconoscimento, di carattere generale, dei dpcm» (568). Infine, sul tema, appare utile richiamare U. DE SIERVO, in *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. spec., 2020, 310, secondo il quale, nonostante problemi ed incertezze, l'emergenza pandemica ci avrebbe condotti ad «una innovativa configurazione di un sistema di disciplina delle fonti dinanzi a gravi situazioni emergenziali di natura pandemica», ritenuto tuttavia compatibile con il nostro disegno costituzionale.

emergenza può creare una situazione di pericolo per l'intero ordinamento, tale da mettere a rischio il ritorno a quello stato di ordinaria normalità poc'anzi citato. Da qui, l'esigenza di più di una riflessione circa i limiti dello stato di emergenza e la disinvoltura con la quale si pensa di prorogarli. Non solo, non si può fare a meno di notare che, se l'espansione temporale dello stato di emergenza può rappresentare un rischio per l'ordinamento, il pericolo maggiore è rappresentato dalla espansione del concetto di stato di emergenza, al cui interno rientrano sempre di più situazioni che di emergenziale hanno poco o nulla, nonché situazioni derivanti dall'inefficienza dell'amministrazione stessa. Da ciò rischia di derivarne una espansione unilaterale dell'autorità statale, senza i presupposti che la rendano legittima.

A monte della funzione di amministrazione dell'emergenza e, più in generale, della gestione e del superamento di una situazione straordinaria, in un ordinamento costituzionale e democratico come il nostro, va necessariamente posta la nozione giuridica di *emergenza*. Infatti, il funzionamento e la legittimità delle funzioni di amministrazione straordinaria dipendono dalla nozione giuridica posta alla sua base, dalla quale inevitabilmente discendono le misure concrete adottate. Nozione giuridica che non può essere quella dell'*eccezione*.

Pertanto, uno stato di eccezione volto a sospendere l'ordinamento giuridico vigente non è compatibile con il nostro sistema costituzionale, il quale non contempla clausole di sospensione dell'ordinamento vigente o di alterazione del normale assetto dei poteri. Infatti, anche nel caso dello stato di guerra, previsto dall'art. 78 Cost., è il Parlamento a conferire al Governo i soli poteri necessari<sup>114</sup>.

Da ciò, deriva, inoltre, che il nostro ordinamento non possa tollerare una sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali, riconosciuti e garantiti dalla Carta costituzionale, nemmeno in situazioni emergenziali, dal momento che questa ne rappresenta una, seppur temporanea, radicale cancellazione. Al riguardo, è possibile operare una limitazione degli stessi, ma sempre all'esito di un equo bilanciamento<sup>115</sup> fra tutti gli interessi di rango costituzionale in gioco, dal momento che, come già affermato dalla Corte costituzionale, non esistono diritti tiranni<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> In tal senso G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., e M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 25-26.

<sup>115</sup> A tal riguardo, si vedano le considerazioni di A. D'ALOIA, in *Costituzione e diritti nella pandemia*, in A. D'ALOIA (a cura di), *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, 101 ss., secondo il quale «il Coronavirus ha portato allo scoperto una netta graduazione gerarchica tra diritti» (115), in cui il diritto alla salute, soprattutto nella sua dimensione collettiva e in una concezione essenzialmente «fisica» della salute, si è posta al vertice di questa ipotetica piramide gerarchica, senza tuttavia tralasciare «dislivelli e asimmetrie di tutela molto pesanti» (116), per mezzo dei quali, anche all'interno del diritto alla salute stesso, si è generata una gerarchia fra malati, con una «quasi totale concentrazione dell'impegno sanitario e ospedaliero sui malati di Covid» (116).

<sup>116</sup> V. sentenza 9 maggio 2013, n. 85.

Per muoverci all'interno di questo quadro ordinamentale, come affermato dalla Presidente della Corte costituzionale nella relazione sull'attività della Corte del 2019, «è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – a offrire a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare “per l'alto mare aperto” dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende»<sup>117</sup>.

Alla luce di ciò, la previsione di poteri e strumenti derogatori è compatibile con l'ordinamento, in quanto permettono di assicurare una gestione efficiente ed elastica delle situazioni emergenziali, ma ciò, a patto che questi rispettino quei principi fondamentali per i quali uno Stato possa definirsi democratico. Pertanto, il ricorso a strumenti *extra ordinem*, che si collocano ai confini più remoti dell'ordinamento vigente, non può mai fungere da *passerpartout* per l'ingresso nell'ordinamento di ciò che ne deve necessariamente rimanere all'esterno<sup>118</sup>.

A tal riguardo, la Corte costituzionale, con la sentenza del 22 ottobre 2021, n. 198, respingendo le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020 «poiché le disposizioni oggetto di censura non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati», ha sancito la legittimità dei dPCM attuativi di tale decreto-legge, attribuendovi la natura di atti amministrativi, rientranti, più precisamente, nella categoria degli atti necessitati, ossia «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto»<sup>119</sup>. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come la Corte, seppur correttamente, evitando di pronunciarsi sulle disposizioni del d.l. n. 6/2020, ed in particolare sull'art. 2 di tale decreto, definito dalla Corte una «formulazione “aperta”», non abbia risolto i forti dubbi circa i dPCM dell'8, 9 e 11 marzo, i quali traggono la loro fonte di legittimazione proprio da tale norma a formulazione aperta e la cui riconducibilità alla categoria degli atti necessitati appare più problematica. Non solo, se la questione può dirsi risolta con riguardo ai dPCM attuativi del d.l. n. 19/2020, lo stesso non può dirsi in relazione alla natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, intesi come categoria

<sup>117</sup> Cit. M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 26.

<sup>118</sup> In senso analogo si veda F. DE VANNA, *Il diritto “imprevedibile”: notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, cit., 19-20.

<sup>119</sup> La distinzione tra atti necessitati ed ordinanze necessitate, fra le quali rientrano le ordinanze contingibili ed urgenti di protezione civile, è contenuta nella sentenza della Corte costituzionale del 4 gennaio 1977, n. 4, in cui si legge che, nonostante abbiano entrambi come presupposto l'urgente necessità del provvedere, «i primi, [sono] emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni».

generale e contenenti talvolta disposizioni sostanzialmente normative e talaltra disposizioni puntuali e specifiche.

A dirsi risolta, per effetto della sentenza n. 198, non può nemmeno essere la questione dei poteri d'emergenza nel nostro ordinamento. Per assicurare una gestione più efficiente delle situazioni straordinarie future, occorre mantenere una chiara separazione fra le distinte, benché complementari, funzioni di amministrazione ordinaria e amministrazione straordinaria, senza dimenticare che di emergenza si possa parlare soltanto nell'immediatezza dell'evento eccezionale e per un periodo di tempo strettamente limitato al superamento della situazione da esso derivante. Non va dimenticato, infatti, che i poteri derogatori, tipici della gestione di una fattispecie emergenziale, sono tollerati sulla base della eccezionalità degli eventi, che non siano affrontabili, pertanto, attraverso il ricorso a strumenti ordinari, nonché sulla base della temporaneità delle misure adottate<sup>120</sup>. È chiaro che, qualora tali presupposti, o uno di essi, dovessero venir meno, non si rientrerebbe più all'interno dell'amministrazione dell'emergenza, bensì in una condizione patologica della stessa.

Inoltre, va considerato che una commistione tra le due funzioni comporta una perdita di efficacia ed efficienza per entrambe, dal momento che uno strumento di natura straordinaria che divenga, di fatto, uno strumento ordinario, si rivelerà inevitabilmente inadeguato a fronteggiare le situazioni emergenziali per le quali era stato pensato, passandosi, in tal modo, alla previsione di un nuovo strumento, ancora più incisivo, in un effetto domino<sup>121</sup> potenzialmente senza fine. Pertanto, un'adeguata gestione delle situazioni emergenziali passa necessariamente da un buon livello di efficienza della funzione di amministrazione ordinaria, così come l'efficienza di quest'ultima passa dal corretto utilizzo degli strumenti straordinari.

Non solo, la funzione di amministrazione dell'emergenza rappresenta sì una funzione unitaria e distinta rispetto a quella ordinaria, ma come, e ancor più di quest'ultima, deve essere rispettosa del principio di legalità sostanziale, integrato dai principi di proporzionalità, precauzione e sussidiarietà orizzontale. Se l'attività amministrativa deve sempre fondarsi su un'attribuzione di potere normativo da parte di una norma di rango primario, la quale deve anche circoscrivere il raggio d'azione dell'amministrazione procedente, lo stesso si rende ancor più necessario nella gestione di quelle situazioni eccezionali, che per essere affrontate necessitano dell'elasticità tipica dell'atto amministrativo.

Alla luce di ciò, sembra richiedersi una reinterpretazione di quelle prassi che

---

<sup>120</sup> In tal senso F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit., 763.

<sup>121</sup> Effetto domino già richiamato da G. SILVESTRI, in *Covid-19 e Costituzione*, cit., secondo cui «si è [già] verificato un "effetto domino": il decreto-legge al posto della legge, l'atto amministrativo al posto del decreto legge».

hanno caratterizzato, e caratterizzano, il nostro ordinamento, al fine di ricondurre lo stato d'emergenza all'interno dell'ordinamento vigente e di assicurarne una compatibilità con i principi fondanti dello stesso: il confine tra stato d'emergenza e stato d'eccezione è sottile, ed è lo stesso che separa uno stato democratico e costituzionale da uno stato autoritario.

### Abstract

Con la delibera dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 il nostro Paese entra in una stagione del tutto nuova, in cui la gestione di un'emergenza pandemica senza precedenti diviene l'elemento centrale della vita dei cittadini. Gli atti emanati per fronteggiare il diffondersi di una malattia infettiva virale hanno prodotto una serie di effetti sul nostro ordinamento, la cui reale portata sarà compresa solo a distanza di mesi, forse anni. A tal fine, si ritiene di dover prendere le mosse dai concetti giuridici che stanno a monte – eccezione, emergenza, necessità – per poter poi scendere a valle nell'analisi dei poteri straordinari di amministrazione dell'emergenza e di come questi si inseriscono all'interno dell'ordinamento giuridico vigente. La gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19 si inserisce, infatti, nel più ampio tema della compatibilità fra l'emergenza, e le misure adottate per fronteggiarla, e l'ordinamento giuridico.

The problem of problems: emergency and legal order.  
Ideas on the regulatory implications of the pandemic emergency from Covid-19

With the resolution of the state of emergency of January 31, 2020, our country enters a completely new season, in which the management of an unprecedented pandemic emergency becomes the central element of citizen's lives. The acts issued to deal with the spread of a viral infectious disease have produced a series of effects on our legal system, the real extent of which will be understood only after months, perhaps years. In this regard, it is believed that it is necessary to start from the juridical concepts that lie upstream – exception, emergency, necessity – in order to then be able to go downstream in the analysis of the extraordinary powers of emergency administration and how these fit into the legal system. The management of the pandemic emergency from Covid-19 is, in fact, part of the broader theme of the compatibility between the emergency, and the measures taken to deal with it, and the legal system.

# La flessibilità degli esecutivi tra tecnica e politica: «Sentinella, quanto resta della notte?»

di Alessandro Fricano

SOMMARIO: 1. Il Governo Draghi: genesi e premesse di un accordo di coalizione complesso. – 2. L'indirizzo politico tra PNRR e *governance* europea. – 3. Prove generali di elasticità: note a margine del decreto legge 1 marzo 2021, n. 22. – 4. Conclusioni.

*«La storia dei governi della Repubblica italiana è storia di governi di coalizione o di governi costituitisi in attesa e per consentire che si determinassero le condizioni politiche per la formazione di governi di coalizione»*  
G. FERRARA, *I governi di coalizione*, Milano, 1973, 1.

## 1. *Il Governo Draghi: genesi e premesse di un accordo di coalizione complesso*

In occasione della formazione del Governo Draghi si è parlato in dottrina di una «rivincita della Costituzione scritta su quella deformata nella prassi»<sup>1</sup>. Ma quale differenza ha contraddistinto la crisi del secondo Governo Conte e l'esordio del «governo dei migliori» rispetto alla consueta formazione degli esecutivi? La crisi al buio aperta dal *leader* di Italia Viva Matteo Renzi con le dimissioni delle ministre Teresa Bellanova ed Elena Bonetti dal Governo Conte II ha di fatto catalizzato un processo di logoramento avviato già negli ultimi mesi del 2020. Nonostante avesse ottenuto – seppur con numeri risicati – la fiducia del Parlamento e fallito ogni tentativo di reclutamento di parlamentari “costruttori” disposti ad entrare in maggioranza, il Presidente Giuseppe Conte rassegnava le dimissioni il 26 gennaio 2020. Le consultazioni consumate nel corso della XVIII legislatura hanno dimostrato come le attuali formazioni politiche siano quasi del tutto prive di una cultura proporzionale incline alla mediazione, confermando così un generale disallineamento tra l'impianto coalizionale del *Rosatellum* ed il circuito rappresentativo<sup>2</sup>. L'eccessiva personalizzazione dei conflitti ed il disconoscimento più o meno evidente della democrazia consociativa e dei suoi tempi hanno permeato in modo trasversale e a fasi alterne l'intero assetto partitico.

<sup>1</sup> Cit. M. AINIS, *Le mosse di Draghi e la rivincita della Costituzione*, in *la Repubblica*, 11 febbraio 2021.

<sup>2</sup> Come osserva Staiano con riguardo alla legge elettorale: «I cartelli elettorali non sono coalizioni, perché si caratterizzano per la coesione programmatica debole e non sono intesi a un'alleanza di governo. Svolte le elezioni, ogni partito è andato per suo conto, e si è assistito al rimescolamento governativo tra forze appartenute a cartelli contrapposti, com'era nelle premesse» cit. S. STAIANO, *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, in *federalismi.it*, n. 29, 2021, editoriale del 29 dicembre 2021, XIV.

Nella dichiarazione resa il 2 febbraio 2021, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ha rivolto «un appello a tutte le forze politiche presenti in Parlamento perché conferiscano la fiducia a un Governo di alto profilo, che non debba identificarsi con alcuna formula politica», tracciando di fatto i contorni di quello che di lì a poco sarebbe stato il Governo Draghi. La *Große Koalition* di unità nazionale si muove lungo due linee matrici: la risoluzione dell'emergenza pandemica mediante l'incremento della campagna vaccinale e la gestione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza; ambo gli obiettivi sembrano realizzarsi mediante un complessivo accentramento di poteri in capo al Governo. A saldare forze politiche così differenti in un comune senso di responsabilità è certamente il vincolo europeo, che impone l'adempimento di numerose obbligazioni di risultato per la copertura finanziaria del *Next Generation EU*. Dalle parole del capo dello Stato è emerso con nitidezza il valore della trasversalità, come dimostrato dalla convergenza di quasi tutti i partiti dell'emiciclo parlamentare nella maggioranza che sostiene il Presidente Draghi<sup>3</sup>. I numeri della fiducia indicano infatti un'ampiezza straordinaria: cinquecentotrentacinque voti favorevoli alla Camera dei Deputati e duecentosessantadue al Senato della Repubblica. Il Governo Draghi si colloca così al terzo posto per estensione dell'appoggio parlamentare dopo il governo Andreotti IV e quello presieduto da Mario Monti.

Guardando alla composizione del Consiglio dei Ministri del Governo Draghi otto su ventitré vantano un profilo "tecnico". Le caselle più rilevanti sono infatti occupate da esperti di chiara fama che tuttavia non hanno alcuna provenienza politica: non sono cioè di diretta espressione dei partiti di maggioranza, né possono definirsi "esperti d'area" indicati dalle forze politiche e a questi riconducibili. Più precisamente, rientrano nel novero dei tecnici sette su quindici ministri con portafoglio ed uno tra gli otto ministri senza portafoglio. Sottrarre al diretto controllo dei partiti quei dicasteri chiave che investono temi delicati e divisivi come l'economia, la giustizia<sup>4</sup> o la gestione dei flussi migratori, ha certamente

<sup>3</sup> Certamente interessante è la prospettiva offerta da Cavagion in merito alla nascita dell'esecutivo Draghi. Secondo l'A.: «La prima significativa innovazione (in ordine cronologico) nel procedimento di formazione del Governo Draghi è consistita nella conferma della nuova prassi del conferimento, da parte del Presidente della Repubblica, di un mandato esplorativo "vincolato", strumento che aveva visto la luce per la prima volta nella storia repubblicana in occasione della formazione del Governo Conte I. [...] La differenza tra il mandato esplorativo "classico" e il nuovo strumento del mandato esplorativo "vincolato" è che con quest'ultimo il Presidente della Repubblica va a perimetrare (circoscrivendola *ab origine*) la "rosa" di soggetti che il depositario del mandato potrà consultare, preordinandola a una precisa alchimia politica che egli ha individuato "a monte"» v. G. CAVAGION, *La formazione del Governo Draghi: ritorno alla "normalità costituzionale" o conferma delle nuove prassi?*, in *federalismi.it*, 2021, n. 13, 17.

<sup>4</sup> «Nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Pnrr) la riforma della giustizia è qualificata come "orizzontale" in quanto assume una valenza strategica rispetto al percorso di ammodernamento e rilancio delle istituzioni repubblicane. [...] Per il futuro del nostro Paese si prospetta un "Piano straordinario per la Giustizia" strutturato come intervento organico di riforma da realiz-

un impatto rilevante sull'accordo di governo. Tecnico non significa neutrale, ma è altrettanto vero che la scelta di autorevoli esperti va nella direzione di una generale armonizzazione del sistema di governo, essendo al contempo un punto di equilibrio e un presidio di imparzialità<sup>5</sup>. Possono ritenersi superate le annose perplessità relative alla legittimazione dei tecnici al governo, se questa derivi dal consenso elettorale o dalle competenze maturate nel corso degli anni<sup>6</sup>. Sebbene i margini di discrezionalità del *Premier* incaricato per la formazione del governo siano stati massimamente ottemperati nel rispetto della Carta costituzionale, l'individuazione dei ministri ha svelato la difficile ricerca di un compromesso tra i partiti (e tra le correnti) che costituiscono il perimetro della maggioranza<sup>7</sup>. L'eterogeneità della sua composizione sembrerebbe aver allontanato almeno in parte la chimera dell'alto profilo istituzionale<sup>8</sup>. Quella che dapprima è apparsa

---

zare attraverso una nuova disciplina primaria (si immaginano leggi immediatamente applicabili e il ricorso allo strumento della delega legislativa)» cit. G. VERDE, *L'emergere dell'autonoma normativa del C.S.M. (Notazioni a margine del dibattito sulla riforma dell'ordinamento giudiziario)*, in *Consulta online*, fasc. n. 3, 2021, 796-797.

<sup>5</sup> «Anche sulla stessa composizione del Governo Draghi hanno probabilmente influito delle indicazioni presidenziali, tanto in termini di continuità politica in alcuni settori ministeriali, quanto nella scelta di alcune personalità da mettere a capo di Ministeri potenzialmente divisivi. Insomma, allo stato delle cose, pare di poter affermare che l'azione del Presidente della Repubblica è risultata tutto fuorché “neutra”» cit. A. LAURO, *Note critiche sulla crisi del Governo Conte II e la formazione del Governo Draghi*, in *Consulta online*, fasc. n. 2, 2021, 397.

<sup>6</sup> Fu proprio Carlo Azeglio Ciampi nel 1993 ad essere il primo Presidente del Consiglio dei Ministri nella storia della Repubblica Italiana non eletto in Parlamento Dopo il precedente appena richiamato, numerosi sono stati i casi in cui i Presidenti della Repubblica hanno conferito l'incarico di formare il governo a personalità non elette in Parlamento: Lamberto Dini nel 1995, Giuliano Amato nel 2000, Mario Monti nel 2011, Matteo Renzi nel 2014, Giuseppe Conte nel 2018 ed infine Mario Draghi nel 2021.

<sup>7</sup> Osserva Ruggieri: «Gli accordi di governo – come sono usualmente chiamati – hanno, in buona sostanza, sempre avuto ad oggetto le linee di fondo del programma del Governo e la spartizione dei ministeri, secondo un dosaggio assai delicato (in applicazione del c.d. manuale Cencelli), frutto di estenuanti trattative tra i *partner* della coalizione alle quali, ancora una volta, il Presidente incaricato ha concorso con un ruolo *quodammodo* “arbitrale”, di mediazione appunto». Prosegue Ruggieri con riguardo agli accordi di governo: «Questi ultimi, infatti, sono stati di gran lunga sminuiti nel peso specifico in concreto esercitato. I contenuti del programma sono stati, pressoché esclusivamente, messi a punto dal Presidente del Consiglio e fatti oggetto di un confronto con le delegazioni dei partiti che lo stesso Presidente ha incontrato *singulatim*, rimandando quindi gli esponenti dei partiti stessi all'incontro ufficiale in Parlamento» così A. RUGGERI, *La nascita del Governo Draghi, la resa senza condizioni della politica dei partiti alla politica del Presidente del Consiglio e i nuovi scenari che si prefigurano per i rapporti tra quest'ultimo e i Ministri*, in *Consulta online*, editoriale del 15 febbraio 2021, II-III.

<sup>8</sup> Con riguardo all'eterogeneità del sostegno parlamentare al Governo Draghi: «Se le innumerevoli scelte che il nuovo governo sarà chiamato ad operare, al di là delle etichette, sono di natura sempre più politica cingendo temi cruciali per lo sviluppo del paese, è difficile immaginare come le stesse possano essere adeguatamente adottate, attraverso una progettualità politica che guardi anche (e soprattutto) al futuro, con il sostegno di partiti e personalità aventi posizioni incompatibili

una formazione del tutto svincolata dalle indicazioni della politica si è rivelata invece particolarmente sensibile alle dinamiche endopartitiche<sup>9</sup> come dimostra il novero di viceministri e sottosegretari prescelti. La “seconda linea” del Governo si caratterizza infatti per la presenza al suo interno di profili più marcatamente politici, bilanciando così la compagine in prevalenza tecnica del governo con la partecipazione diretta di esponenti indicati dai partiti e dalle correnti<sup>10</sup>. Pare inoltre opportuno segnalare l’assenza nel Governo Draghi di uno o più soggetti preposti al ruolo di Vicepresidente del Consiglio dei Ministri, la cui funzione può essere cumulata a quella di ministro o esercitarsi in forma autonoma al fine di dare visibilità politica al principale alleato di coalizione nella compagine di governo<sup>11</sup>. Ciò si spiega soltanto con l’estrema trasversalità dell’esecutivo che vede cinque dei sei principali gruppi parlamentari sostenere la medesima esperienza di governo, senza contare le sigle minori all’interno del gruppo misto<sup>12</sup>. L’esecutivo guidato da Mario Draghi rappresenta lo spartiacque tra un *prima* e un *dopo*, come se la sfumatura delle identità politiche dei partiti di coalizione avesse anticipato l’anno zero della Quarta Repubblica. Un *prima* caratterizzato dalla sostanziale omogeneità delle coalizioni malgrado le molteplici frizioni all’interno delle stesse. Un *dopo* in cui la crisi prima sanitaria, poi economica ed infine bellica ha operato da fonte di legittimazione implicita, inficiando le tradizionali catego-

---

riguardo alla maggior parte delle questioni su cui l’Esecutivo sarà chiamato a prendere posizione, anzitutto in ordine all’impiego di fondi europei» cit. S. TALINI, *La forma di governo alla prova delle trasformazioni della (classe) politica. Riflessioni a seguito della formazione del governo Draghi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1, 2021, 41.

<sup>9</sup> «L’incaricato, in altri termini, avrebbe inteso definire il contenuto dell’accordo di governo (e, per molti versi, della formula di governo) acquisendo “a monte” le indicazioni dei partiti, ma senza poi sottoporre agli stessi “a valle” il “prodotto finito”. Emblematica di tale impostazione del Presidente del Consiglio appare la frase attribuitagli nell’ambito delle “piccole consultazioni”: “a me spetta la sintesi, ai partiti il giudizio”»: così G. CAVAGGION, *op. cit.*, 52.

<sup>10</sup> A ben vedere; «Quello guidato da Draghi è il meno “tecnico” dei governi tecnici finora avutisi in Italia ed è il più prossimo alla forma tecnocratica pura, proprio perché segnato dalla presenza al suo interno di quasi tutti i partiti – non a caso il Governo è stato anche definito di unità o di salvezza nazionale – che sostanzialmente si allineano e sottoscrivono le decisioni politiche prese dal Presidente del Consiglio e dal Ministro dell’Economia». G. ZANFARINO, *Il ruolo dei tecnici nell’evoluzione della forma di governo italiana*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. n. 3, 2021, 7.

<sup>11</sup> Ad esso spetta *ex art.* 8 della legge 23 agosto 1988, n. 400 la supplenza del *premier* in caso di assenza o impedimento temporaneo di quest’ultimo.

<sup>12</sup> Hanno rappresentanza nel Governo Draghi: *MoVimento Cinque Stelle* (quattro ministri di cui due con portafoglio), *Partito Democratico* (tre ministri con portafoglio), *Lega* (tre ministri di cui due con portafoglio), *Forza Italia* (tre ministri senza portafoglio), *Italia Viva* (un ministro senza portafoglio) e *Articolo Uno* (un ministro con portafoglio). Hanno invece un solo sottosegretario le seguenti formazioni politiche: *Centro Democratico*, *+Europa*, *Noi con l’Italia*. Compongono la maggioranza parlamentare a sostegno dell’esecutivo Draghi, seppur senza propri esponenti nella compagine di governo, diverse sigle all’interno del gruppo misto tra cui: *Coraggio Italia*, *Azione*, *Unione di Centro*, *Noi di Centro*.

rie della dialettica tra maggioranza e opposizione. In altre parole, l'emergenza ha imposto nei limiti costituzionali un gabinetto di unità nazionale – per certi aspetti simile ai primi esecutivi della storia repubblicana guidati da De Gasperi – che può ritenersi un capolavoro della *moral suasion* presidenziale<sup>13</sup>.

## 2. L'indirizzo politico tra PNRR e governance europea

Nulla può dirsi in ragione all'esecutivo Draghi senza prima comprendere il delicato – e tutt'altro che irenico – rapporto tra *tecnica* e *politica*. L'ascesa a Palazzo Chigi dell'ex presidente della Banca Centrale Europea va intesa come un'*extrema ratio* determinata dall'incapacità dei partiti politici di governare l'allocazione delle risorse europee secondo criteri di efficacia ed efficienza. Laddove la politica si dimostra priva di autosufficienza, l'*expertise* economico-finanziaria supplisce la prima nell'esercizio del potere esecutivo. La natura del Governo Draghi si presta così ad un non facile inquadramento. Sarebbe forse più opportuno definirlo un esecutivo al contempo *para-tecnico* e *meta-politico*. La distinzione stessa tra governi tecnici e politici<sup>14</sup> potrebbe apparire finanche priva di significato costituzionale,

<sup>13</sup> L'autorevolezza dell'invito pubblicamente rivolto dal Presidente Mattarella ai partiti affinché sostenessero «un Governo di alto profilo» che tuttavia non si identificasse «con alcuna formula politica» non poteva essere disatteso considerate le contingenze emergenziali che hanno determinato l'avvio dell'esecutivo Draghi.

<sup>14</sup> L'analisi che segue è in parte applicabile anche all'esecutivo Draghi con riguardo al ruolo del Presidente del Consiglio a seconda della formula di governo: «Nel caso di un esecutivo politico, nel contesto di un patto di coalizione, il Presidente del Consiglio è infatti portato ad esercitare le sue funzioni di direzione, impulso e coordinamento in maniera tale da non ingerirsi troppo nella discrezionalità dei singoli Ministri, al fine di porre al riparo la coalizione da attriti. Questo atteggiamento autorestrittivo è tanto più marcato quanto maggiore è il numero dei partiti della coalizione e, dunque, quanto maggiore è il rischio di recessi unilaterali che determinino il venir meno del patto di coalizione e, consequenzialmente, della fiducia. Si è osservato che il principio di collegialità in seno al Governo costituisce l'aspetto operativo del patto di coalizione, che non tollera posizioni egemoniche, neppure ove riferite al suo Presidente. Di converso, il Presidente del Consiglio di un governo tecnico non ha nessun patto di coalizione da salvaguardare. Anzi, esso gode di una legittimazione politica che gli deriva da un legame privilegiato con il Capo dello Stato, che all'atto della sua designazione lo ha riconosciuto come la personalità più idonea alla gestione della crisi. Tale posizione si esprime altresì nella tendenziale maggiore libertà del Presidente del Consiglio (e dello stesso Capo dello Stato) nella designazione dei Ministri, perché l'assenza di un patto di coalizione toglie a tale scelta i vincoli di appartenenza partitica relativa a questi ultimi che normalmente condizionano la proposta del Presidente incaricato. Ne consegue che il Presidente del Consiglio "tecnico" possiede una posizione politica probabilmente assai più forte che quella di mero *primus inter pares*, che caratterizza il Presidente del Consiglio "politico", dovuta alla legittimazione personale (e non partitica) dei membri del Governo. Pertanto, il governo tecnico è connotato da una forte vocazione personalistica, in cui spicca in maniera peculiare la figura del Presidente del Consiglio.» cit. R. MANFRELLOTTI, *Profili costituzionali del governo tecnico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, 24-25.

considerando politico qualsiasi governo provvisto di una maggioranza sufficientemente ampia da assicurargli la fiducia in ambo i rami del Parlamento. Questo diffuso fraintendimento sembra nascere dallo sguardo degli osservatori politici rivolto troppo spesso alla composizione dagli esecutivi piuttosto che alla base parlamentare che lo sostiene. Sono appunto le maggioranze a rendere politici i governi, non l'estrazione dei ministri o il *curriculum vitae* del presidente incaricato<sup>15</sup>. Attraverso il voto di fiducia i partiti si riappropriano della funzione – ad essi costituzionalmente riconosciuta dall'articolo 49 – «di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» operando quindi come presupposto all'esercizio di un *munus regendi* in senso pubblicistico, quale appunto l'attività di governo.

Si parta da un dato: «tutti i governi tecnocratici che si sono fino a oggi succeduti sono stati governi di larghe intese»<sup>16</sup> pur non essendo stati governi tecnici tutti i governi di coalizione. L'introduzione nel lessico politico dell'espressione “governo tecnico” si deve all'intuizione del ministro repubblicano Bruno Visentini già nel 1974<sup>17</sup>. La formazione degli esecutivi tecnocratici è generalmente accompagnata da una aura quasi messianica di entusiasmo, come se sobrietà e rigore fossero funzionali ad una “purificazione” della politica ritenuta indegna di rappresentare l'immagine dell'Italia nelle consorterie europee ed internazionali. Un simile primato sembrerebbe affondare «le sue radici nella presunta superiorità delle ragioni della tecnica sulle ragioni della democrazia, dell'episteme sull'insipienza, della razionalità delle scelte economiche sull'irrazionalità delle opzioni politiche (eterodirette dagli istinti popolari), dell'efficienza delle decisioni sulla lentezza delle procedure parlamentari, dell'ordine sul caos»<sup>18</sup>. I *governi palatini*<sup>19</sup> –

<sup>15</sup> Lo dimostra bene la vicenda del professor Giuseppe Conte che malgrado la totale assenza di esperienze politiche pregresse ha presieduto due governi fortemente orientati.

<sup>16</sup> Così C. DE FIORES, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, fasc. n. 2, pt. 2, 56.

<sup>17</sup> Si fa qui riferimento a due articoli pubblicati sul Corriere della Sera: *L'arte di governare* del 28 luglio 1974 e *L'arte di governare e il difficile rapporto fra tecnici e politica* del 4 agosto 1974. Come riportato da Francesco Marone: «Ciò che rileva, ovvero ciò che Visentini intendeva richiamando il concetto di “governo tecnico”, riguarda la selezione dei ministri, che devono essere soggetti capaci di svolgere le funzioni alle quali sono chiamati e non quadri di partito che gestiscono il potere pubblico a fini di creazione di consenso» cit. F. MARONE, *Prime riflessioni sul governo tecnico nella democrazia maggioritaria italiana*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1 novembre 2012, 7.

<sup>18</sup> Cit. C. DE FIORES, *op. cit.*, 42.

<sup>19</sup> «Il governo Draghi rispetto a quelli Ciampi, Dini e Monti, tutti in certa misura *palatini*, condivide la caratteristica di nascere sulla base dell'autonoma valutazione del Presidente della Repubblica in base alla quale, prima di elezioni anticipate, sarebbe nell'interesse del paese, fare alcune cose: il governo Ciampi nacque per assecondare l'adozione di una nuova legge elettorale «sotto dettatura referendaria»; il governo Dini per assicurare la *par condicio*, fare la legge elettorale regionale, affrontare lo squilibrio pensionistico; il governo Monti per evitare il rischio *default* e fronteggiare la crisi finanziaria (anche con la revisione dell'art. 81 Cost.)» cit. C. FUSARO, *Da Ciam-*

impropriamente definiti tecnici – presieduti da Carlo Azeglio Ciampi nel 1993, da Lamberto Dini nel 1995, da Mario Monti nel 2011 e da ultimo l'esecutivo Draghi presentano numerosi tratti comuni<sup>20</sup>: I) l'essere nati in periodi di particolare crisi economica o istituzionale; II) una composizione tecnica prevalente o mista; III) un forte impulso del Quirinale; IV) un ampio sostegno parlamentare; V) grande autorevolezza riconosciuta dagli osservatori internazionali e dai mercati; VI) una durata temporale limitata. Altro elemento comune andrebbe individuato invece nel profilo dei soggetti preposti alla guida delle esperienze di governo citate, accomunati da una riconosciuta ed elevata competenza in materia economico-finanziaria<sup>21</sup>. Nell'immaginario collettivo le quattro vicende richiamate vengono erroneamente ricondotte ai cd. *governi di scopo*, dotati cioè di un mandato politico circoscritto e di una legittimazione popolare ridotta. Ambo le considerazioni parrebbero degne di smentita. Quanto alla prima, basti pensare come tra il 2011 e il 2012 abbiano inciso in termini sociali le cd. politiche di *spending review* specie in materia previdenziale o – in misura ancor più rilevante – come la gestione del *Recovery Plan* segnerà il futuro dell'Italia nel panorama europeo ed internazionale. Il consueto *leitmotiv* “ce lo chiede l'Europa”, che in passato ha legittimato l'adozione in sede legislativa di misure “lacrime e sangue”, nella fase post-pandemica fungerà da stimolo per l'attuazione di interventi espansivi. Con riguardo invece alla legittimazione, questa trova nella fiducia parlamentare il perno necessario e sufficiente per configurare la responsabilità politica nonostante i sistemi elettorali di tipo maggioritario, inseguendo il mito della governabilità, abbiano consolidato nell'opinione pubblica il tarlo dell'esatta corrispondenza tra coalizione vincente ed esercizio delle funzioni di governo. Altra questione è quella relativa alla responsabilità politica (ridotta) dei governi tecnici dinanzi al corpo elettorale<sup>22</sup>.

---

*pi a Draghi (passando per Dini e Monti): verso una forma di governo parlamentare sotto tutela?*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, fasc. n. 1, 174.

<sup>20</sup> Nicola Lupo individua tre caratteristiche comuni: «per il governo presieduto da Draghi sussistono tutte le altre tre costanti che si sono viste caratterizzare i precedenti esecutivi guidati da Ciampi, Dini e Monti, ossia: a) la durata limitata; b) l'impulso del Presidente della Repubblica; c) l'ampio consenso parlamentare» così N. LUPO, *Un governo 'tecnico-politico'? Sulle costanti nel modello dei governi 'tecnici', alla luce della formazione del governo Draghi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2021, 139.

<sup>21</sup> Lamberto Dini dopo una lunga carriera al Fondo Monetario Internazionale è stato Direttore generale della Banca d'Italia dal 1979 al 1994 e Ministro del tesoro nel Governo Berlusconi I. Mario Monti ha ricoperto il ruolo di Commissario europeo per il mercato interno dal 1995 al 1999 e per la concorrenza dal 1999 al 2004. Docente di economia politica è stato Magnifico Rettore dell'Università commerciale Luigi Bocconi, viene nominato senatore a vita da Giorgio Napolitano. Ha mantenuto *ad interim* il Ministero dell'economia e delle finanze dall' 7 luglio 2011 al 7 luglio 2012.

<sup>22</sup> Rileva Manfrellotti: «Se le elezioni costituiscono un momento di verifica della responsabilità politica “diffusa” degli attori politici, i quali si trovano soggetti al giudizio degli elettori espresso in termini di consensi, la circostanza che il governo tecnico prescinda dal legame con i partiti lo pone al di fuori di tale circuito, semplicemente perché il momento del confronto con il corpo

Questi assorbiti dalla rigorosa osservanza della cd. «agenda di governo neolibérale» tendono a non «curarsi delle conseguenze sociali e del gradimento democratico delle loro scelte»<sup>23</sup> alimentando così un diffuso sentimento populista e *anti-establishment* specie in quei segmenti della società più duramente colpiti dalla disuguaglianza della globalizzazione<sup>24</sup>.

Circa l'esatta individuazione dell'indirizzo politico-amministrativo posto in essere, del tutto vani sembrerebbero gli sforzi volti a trovare necessariamente una collocazione politica al *Premier* Draghi. I tentativi di anticiparne in qualche modo le scelte politiche in funzione della sua formazione keynesiana<sup>25</sup> o dei precedenti incarichi da governatore della Banca d'Italia e presidente della Banca centrale europea necessitano di una forte contestualizzazione. Cosa resta di costituzionalmente rilevante della celebre espressione «*whatever it takes*» pronunciata l'estate del 2012 da Mario Draghi in occasione del *Global Investment Conference* di Londra circa la crisi del debito sovrano europeo? Ugual interrogativo si pone per l'altrettanto famosa distinzione tra *debito buono* e *debito cattivo* che lo stesso Draghi ha più volte ribadito a fine di giustificare l'attuazione di misure economiche di natura espansiva. Sia la stesura del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sia l'individuazione di una *task force*, composta esclusivamente da tecnici, chiamata a valutare l'impatto degli investimenti, hanno contribuito a sfatare almeno in parte il mito di questa narrazione keynesiana a favore di una chiara visione di mercato turbo-liberista. Data l'entità abnorme dei mezzi economici messi a disposizione si comprende come non esista scelta più politica dell'atto di determinare la destinazione delle risorse finanziarie. Investimenti questi che devono osservare scrupolosamente i parametri comunitari creando un vincolo stringente al punto tale da generare un vero e proprio «procedimento euro-nazionale»<sup>26</sup>. Il Piano

---

elettorale è eventuale e, comunque, secondario rispetto a tale esperienza. Il governo tecnico non opererà le sue scelte tenendo conto del gradimento del corpo elettorale, perché è cosciente del fatto che, conclusa la propria esperienza, i propri membri, estranei al circuito rappresentativo, difficilmente avranno la possibilità di affermarsi come attori politici.» cit. R. MANFRELOTTO, *op. cit.*, 18.

<sup>23</sup> Cit. C. DE FIORES, *op. cit.*, 43.

<sup>24</sup> Impopolarità confermata dagli assai modesti risultati elettorali conseguiti da *Rinnovamento italiano* (meglio nota come «Lista Dini») in occasione delle elezioni politiche del 1996 e più tardi, nel 2013, da *Scelta Civica per l'Italia*, la formazione politica guidata dal *Premier* uscente Mario Monti.

<sup>25</sup> Formazione impartita dall'illustre maestro Federico Caffè, il principale economista italiano ad aver introdotto i principi della dottrina keynesiana anche in Italia. Si pensi al massiccio intervento pubblico nell'economia durante il secondo dopoguerra o alle misure di protezione sociale per le classi economicamente più svantaggiate.

<sup>26</sup> Come osserva autorevolissima dottrina: «Chi intenda oggi ricostruire le dinamiche dell'indirizzo politico, in particolare, non può non mettere al centro della sua attenzione il maxi «procedimento euro-nazionale» che è stato delineato dal succitato Regolamento UE n. 2021/241, e che coinvolge istituzioni europee e nazionali. Gli Stati membri che hanno inteso avvalersi delle risorse stanziolate dall'Unione europea, a titolo di sussidi (*grants*) e di prestiti (*loans*), hanno dovuto predisporre un piano, contraddistinto da una serie di requisiti e in linea con le priorità di azione

Nazionale di Ripresa e Resilienza sembrerebbe tuttavia peccare *ab origine* di un *deficit* democratico, come ben evidenziato dalla mancata partecipazione dei corpi intermedi alla fase elaborativa, ma soprattutto dalla complessiva marginalizzazione del Parlamento, costretto ad approvare il testo a pochi giorni dalla presentazione a Bruxelles. Occorre comprendere dunque se il PNRR sia destinato a cristallizzarsi in un catalogo di buone intenzioni o se invece si tratterà di un effettivo piano di rilancio in senso sociale<sup>27</sup>.

Quanto detto è utile a rilevare se quello presieduto da Mario Draghi, dato l'ampio consenso, potrà davvero essere l'esecutivo in grado di portare a battesimo l'attesa stagione delle riforme<sup>28</sup> che aspirino ad essere se non le migliori almeno le migliori possibili. Il riformismo del resto non è una *meta* ma un *percorso* capace di guardare ad una prospettiva di medio-lungo periodo. In un Governo al cui interno convivono profonde contraddizioni<sup>29</sup>, non ci si può certo aspettare riforme radicali su questioni divisive in un senso o in uno altro; ma neppure

---

dell'Unione, che è stato sottoposto alla valutazione e all'approvazione della Commissione e poi del Consiglio dell'Unione europea (nella configurazione ECOFIN)» cit. N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, n. 1, 2022, editoriale del 12 gennaio 2022, V.

<sup>27</sup> L'assenza di una dimensione solidaristica nel PNRR è stata opportunamente evidenziata da Giovanna De Minico con riferimento a donne, giovani e Sud. A questi tre «si presta un ampio omaggio verbale» pur essendo di fatto i grandi esclusi v. G. DE MINICO, *Ma su donne, giovani e Sud il Pnrr non da risposte sufficienti*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 giugno 2021.

<sup>28</sup> Come correttamente osservato: «Anche se quello delle riforme contenuto nel PNRR è un percorso “obbligato” dove governo e parlamento potranno imprimere un certo indirizzo piuttosto che un altro, i fattori che potranno rallentare o rendere difficoltoso la sua realizzazione non sono pochi. Tra questi la conflittualità partitica che potrebbe prendere il sopravvento dinanzi ai contenuti di importanti riforme e, nonostante la normativa sulle semplificazioni, le resistenze dell'apparato burocratico statale e regionale. Il PNRR in questo senso rappresenta un concentrato massimo di “indirizzo politico” in un contesto dai contorni economici e politici eccezionali.» cit. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?», in *federalismi.it*, n. 18, 2021, 253.*

<sup>29</sup> «Eppure, il Govern(issim)o Draghi, mentre fornisce la prova ennesima della caoticità che affligge l'assetto partitico, può d'altra rappresentare l'occasione per determinare le prospettive di una nuova stabilizzazione del sistema: la vasta e politicamente trasversale maggioranza che sostiene l'esecutivo, se può atteggiarsi a fattore critico rispetto alle scelte da effettuare in concreto sulle telematiche in cui si annidano le principali divergenze di vedute fra i partiti di maggioranza, può, sotto altri aspetti, rappresentare un'occasione di “pacificazione parlamentare” in grado di consentire la realizzazione di talune riforme istituzionali, su tutte quella elettorale, ed eventualmente di una riforma costituzionale puntuale che tocchi alcuni frammenti della forma di governo al fine di risolvere il problema – ormai risalente – della sovraesposizione dell'esecutivo in speculare danno della centralità costituzionale del Parlamento, facendo, ad esempio, tesoro delle conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari». Così L. DELL'ATTI, *Elementi costituzionali dell'organo Presidente del Consiglio dei Ministri. Un aggiornamento alla luce dell'esperienza dei governi Conte*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, 476.

un riformismo mite<sup>30</sup> o peggio ancora “annacquato”. Nell’attuale contesto di “ampie convergenze” in cui è possibile la coabitazione forzata di attori politici fra loro distanti non può ravvisarsi alcuna subalternità di un partito nei confronti di altri. Ciò costituisce una situazione di stasi in cui si cristallizzano i rapporti di forza tra partiti al netto del loro peso specifico dentro e fuori le aule parlamentari. Peculiare in tal senso il ruolo dei partiti di maggioranza volti ad applaudire la continuità o la discontinuità rispetto all’operato del precedente governo in base al proprio posizionamento in quest’ultimo. Il rischio immediato di una coalizione così ampia si individua in una minore unità di intenti. In altre parole, con l’attuale compagine di governo tramonta il mito dell’omogeneità di indirizzo politico<sup>31</sup>. La “bussola dell’esecutivo” diventa per i partiti una “coperta stretta” mediante il quale rivendicare come un successo tutti gli obiettivi ritenuti propri che trovano margine di attuazione e tacere su quelli altrui. In un governo di tutti e di nessuno le forze politiche, come in un *valzer* di veti incrociati, fanno un passo avanti o di lato a seconda dell’umore delle rispettive basi elettorali<sup>32</sup>. L’agenda politica dell’esecutivo Draghi ha diviso in più occasione la coalizione tra partiti definiti “rigoristi” o “aperturisti”. Basti pensare alle misure adottate per il contrasto alla pandemia, alla questione relativa all’obbligo vaccinale, all’estensione del *green pass* per accedere ai luoghi di lavoro, ai ristoranti. Ma si pensi altresì al tema dei diritti civili<sup>33</sup>, alla riforma della giustizia e da ultimo all’incremento dei costi dell’energia. Le negoziazioni sembrano essersi concentrate più sulla definizione formale della struttura dell’esecutivo che sul contenuto sostanziale delle scelte di indirizzo politico, più sovente espressione del *Premier* che del perimetro di maggioranza. L’azione di governo risulta così predeterminata negli obiettivi dall’*expertise* tecnica senza tuttavia i necessari strumenti di controllo democratico. Lo stesso Costantino Mortati, anticipando con dono quasi profetico l’evoluzione di quella che sarebbe stata di lì a poco la *Repubblica dei partiti*, in occasione dei lavori per

<sup>30</sup> Così M. AINIS, *Il riformismo con cautela*, in *la Repubblica*, 4 giugno 2021.

<sup>31</sup> «Quanto alla “unità” ed “omogeneità” come caratteristica essenziale della forma di governo parlamentare, la costituzione di una “grossa coalizione” costituisce un vero paradosso poiché, per definizione, essa ambisce ad una coincidentia oppositorum di “mondi politici” che di norma si rapportano in prospettiva di alternanza». Così L. VOLPE, M.D. POLI, *Rappresentanza politica e «situazioni di eccezione»: i governi di «grossa coalizione»*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2012, fasc. n. 3, 6.

<sup>32</sup> «La questione, dal punto di vista della metamorfosi della forma di governo, è il sostegno quasi unanime delle forze parlamentari, facendo così sfumare le differenze politiche tra i vari schieramenti, che comporterà alcune difficoltà nella propaganda politica alla vigilia delle elezioni; nonché l’attività di indirizzo politico del governo tutta protesa alla risoluzione dell’emergenza sanitaria e all’utilizzo strategico del *Recovery Fund*» cit. T.E. FROSINI, *Recensione a Paolo Armadori, Effetto Draghi. La metamorfosi di una Repubblica*, La Vela, Lucca, 2021, 1-160, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 2, 2021, 85.

<sup>33</sup> L’affossamento del disegno di legge firmato da Alessandro Zan, deputato del *Partito Democratico*, sull’omotrasfobia è un esempio emblematico della fragile convivenza tra forze politiche antitetiche nella medesima compagine di governo.

l'Assemblea Costituente affermava che: «se si lasciasse che ogni Ministro attuasse una propria particolare politica, si avrebbe non un Governo ma il caos, il discredito degli organi statali e la dissoluzione dello Stato stesso. Un Governo di coalizione può essere utile, in quanto i vari partiti si accordino veramente, consapevolmente e pubblicamente su di un programma e sui mezzi per attuarlo»<sup>34</sup>.

L'incapacità dei corpi intermedi di re-interpretare gli sviluppi cangianti della storia e della società si è tradotta nella perdita di qualsiasi attitudine risolutiva, trasformando così i partiti in parte del *problema* e non più della *soluzione*. Il commissariamento della politica esercitato dall'*intelligenza* economica è quindi direttamente proporzionale al cortocircuito della rappresentanza. Eppure l'accordo di coalizione non è il solo elemento necessario e sufficiente a determinare governi elastici, o talvolta anche liquidi<sup>35</sup>, dove per *liquidità* si intende la capacità della *governance* economica europea di condizionare in maniera quasi irreversibile la formazione di un governo<sup>36</sup>. La fiducia dei mercati diventa quindi complementare alla fiducia del Parlamento<sup>37</sup>. Il primo comma dell'art. 94 Cost. secondo cui «il Governo deve avere la fiducia delle due Camere» andrebbe dunque interpretato alla luce dei principi costituzionali posti a presidio dell'adesione dell'Italia all'Unione Europea e al rispetto dei parametri fissati. Tuttavia l'indice di gradimento delle agenzie di *rating* come parametro di tenuta istituzionale dei governi costituisce un tarlo patologico per qualsiasi democrazia rappresentativa. Lo ha ricordato anche il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nel suo discorso alle Camere in occasione del secondo giuramento il 3 febbraio 2022: «Poteri economici sovranazionali, tendono a prevalere e a imporsi, aggirando il processo democratico». Il diniego del capo dello Stato alla nomina di Paolo Savona quale Ministro dell'Economia e delle Finanze nel primo governo Conte si spiega proprio in ragione delle posizioni euroscettiche assunte dallo stesso e potenzialmente lesive di più interessi costituzionalmente protetti come l'adesione dell'Italia alla moneta unica

<sup>34</sup> Vedi Atti dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, Resoconto sommario della seduta pomeridiana di sabato 4 gennaio 1947, 38.

<sup>35</sup> Parafrasando il titolo di un celebre saggio del filosofo e sociologo polacco Zygmunt Bauman vedi Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, Editore Laterza, 2002.

<sup>36</sup> Sul complesso e delicato rapporto tra *governance* europea e governi, si rinvia a G. GUERRA, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. n. 3, 2021.

<sup>37</sup> Osserva Ruggeri: «In fine dei conti, si tratta di stabilire se, una volta superata la crisi (sempre che ci si riesca...), si renderà possibile tornare all'originario dettato costituzionale ovvero se la necessaria "fiducia" anche (e soprattutto) dell'Unione europea e dei mercati diventerà un impegno al quale non ci si potrà ormai più e in alcun modo sottrarre. Dipende proprio da qui – se ci si pensa – la salvaguardia dell'idea sia di Stato che di Costituzione che abbiamo ereditato con l'avvento della liberal-democrazia e che speriamo (o ci illudiamo...) di poter trasmettere alle generazioni che verranno.» cit. A. Ruggeri, *Art. 94 della Costituzione vivente: "il Governo deve avere la fiducia dei mercati" (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in *federalismi.it*, n. 23, 2011, 8.

e la tutela dei risparmiatori ex art. 47 Cost.<sup>38</sup> Del resto la centralità del MEF<sup>39</sup> nella elaborazione della *governance* è una costante – comune a tutti gli ordinamenti dell'Eurozona da almeno un ventennio – che trova conferma nell'accelerazione del processo di integrazione europea ma soprattutto nell'introduzione del principio di equilibrio di bilancio in Costituzione come stabilito nel 2012. Anche il coordinamento programmatico del PNRR trova nel Ministero dell'Economia e delle Finanze la sua collocazione naturale in sede di monitoraggio<sup>40</sup>. Per le stesse ragioni la nascita di un esecutivo presieduto da Mario Draghi – notoriamente percepito come elemento di stabilità dagli osservatori economici internazionali – non può che essere letta in chiave euro-unitaria. La struttura del Governo Draghi somiglia così ad una cd. *empty box* dentro il quale definire plasticamente le aree di intervento del PNRR, in altri termini un esecutivo a misura di *Recovery fund*. L'eterno dualismo tra *politiké* e *téchne* sembra quindi risolversi nella fine del primato della politica e nella conseguente debolezza *sine die* delle camere elettive<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Nella dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio con il professor Giuseppe Conte del 27 maggio 2018 si precisa che: «La designazione del ministro dell'Economia costituisce sempre un messaggio immediato, di fiducia o di allarme, per gli operatori economici e finanziari. [...] L'incertezza sulla nostra posizione nell'euro ha posto in allarme gli investitori e i risparmiatori, italiani e stranieri, che hanno investito nei nostri titoli di Stato e nelle nostre aziende. L'impennata dello spread, giorno dopo giorno, aumenta il nostro debito pubblico e riduce le possibilità di spesa dello Stato per nuovi interventi sociali. Le perdite in borsa, giorno dopo giorno, bruciano risorse e risparmi delle nostre aziende e di chi vi ha investito. E configurano rischi concreti per i risparmi dei nostri concittadini e per le famiglie italiane».

<sup>39</sup> Sulla corrente trasformazione della forma di governo italiana in relazione a questo dicastero chiave è stato recentemente osservato come: «Il Ministro dell'Economia, infatti, si avvantaggia dello stesso *pluspotere* del Presidente, che anch'egli trae dal ruolo di snodo tra politica interna ed europea. Se in quella sede svolge un ruolo politico fondamentale, supportato da una caratterizzazione tecnica che lo rende capace di «reggere il confronto» nelle sedi decisionali in cui è coinvolto, sul versante interno, avvantaggiandosi della sponda di Bruxelles, è posto in una posizione dominante, servendosi del super-apparato di cui è alla guida, che ha accorpato i dicasteri del Tesoro, delle Finanze e del Bilancio» cit. A. ARCURI, *Dal Conte I a Draghi. Studio sulle novità nei procedimenti di formazione dei Governi della XVIII legislatura*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 1, marzo 2022, 34.

<sup>40</sup> «In un Governo, come quello attuale, in cui si è verificato, come di rado in epoca repubblicana, un allineamento lungo il medesimo asse tra i titolari dei tre organi che compongono il «cuore» della macchina governativa, ossia tra Presidente del Consiglio, Sottosegretario di Stato alla Presidenza e Ministro dell'economia, si è riconosciuto – come si era preavvertito già in sede di dichiarazioni programmatiche – il ruolo-chiave al Ministro dell'economia e alla sua struttura tecnica (decisamente la più europeizzata, tra le amministrazioni ministeriali), ma si sono altresì significativamente rafforzati i poteri di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri.» cit. N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, n. 1, 2022, editoriale del 12 gennaio 2022, IX.

<sup>41</sup> Osserva opportunamente Lucarelli: «La tecnica al servizio della democrazia governante, la torsione della forma di governo parlamentare verso modelli fondati sul *prins* della governabilità ad ogni costo, la democrazia decadente hanno determinato la spoliazione dei poteri di tutte le assemblee politiche dai Consigli comunali al Parlamento.» cit. A. LUCARELLI, *Il modello dualista dei Presidenti:*

### 3. *Prove generali di elasticità: note a margine del decreto legge 1 marzo 2021, n. 22*

Il terzo comma dell'art. 95 Cost. afferma che: «la legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri»<sup>42</sup>. Con lungimiranza i padri costituenti hanno rimesso alla legge la determinazione della fisionomia degli apparati ministeriali, sottraendo così al potere esecutivo la disciplina dell'organizzazione politico-amministrativa. Con il decreto legge n. 195 del 2009 è stato fissato il numero massimo di sessantacinque membri a qualsiasi titolo presenti nel Governo, ivi compresi i ministri, i ministri senza portafoglio, i viceministri e i sottosegretari. L'evoluzione legislativa in materia di riordino e attribuzione di dicasteri dimostra come nella storia repubblicana le esigenze partitiche abbiano prevalso su quelle funzionali<sup>43</sup>. La mera collocazione di ceti politici nell'alveo dell'esecutivo non va confusa con la più ampia partecipazione possibile di forze parlamentari alla compagine di governo<sup>44</sup>. Del resto soltanto attraverso l'assegnazione di un ministero «il partito inevitabilmente si inserisce come organo del sistema di governo»<sup>45</sup>.

Un punto di osservazione dirimente per comprendere la natura dell'accordo di coalizione è quello proposto dal d.l. n. 22/2021, successivamente convertito dalla legge 22 aprile 2021, n. 55 in materia di riordino delle attribuzioni ministeriali, che ha modificato l'art. 2 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, fissando a quindici il numero dei portafogli. Il fine è quello di ridisegnare di volta in volta una struttura di governo “su misura”<sup>46</sup>, cioè funzionale alla rea-

---

*prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 2021, fasc. n. 1, editoriale, VI.

<sup>42</sup> L'unico ministero a godere *de facto* di un esplicito riconoscimento costituzionale è il Ministero della giustizia ex artt. 107 e 110 della Costituzione.

<sup>43</sup> In posizione ancillare rispetto al tema della continuità tra politica e amministrazione si colloca l'istituto anglosassone dello *spoils system* che consiste nella sostituzione dei vertici amministrativi a seguito di un cambio di *governance*.

<sup>44</sup> Le larghe intese si manifestano in senso apicale nella previsione di Ministri senza portafoglio, funzionali ad un ampliamento della base parlamentare a sostegno del Governo.

<sup>45</sup> Così P. VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Palermo, G. Mori & Figli, 1950, 71.

<sup>46</sup> «La stessa organizzazione interna dei ministeri è costretta a rivedere i propri modelli organizzatori nella misura in cui gli uffici presenti non sono sufficienti per porre in essere le misure calendarizzate nel PNRR. In particolare ogni ministero può istituire (art. 8 d.l. 77/2021), nell'ambito della propria autonomia, una apposita unità di missione di livello dirigenziale temporanea che costituirà peraltro il punto di contatto con il Servizio centrale per il PNRR di stanza presso il MEF. Alla centralità del ruolo del Presidente del Consiglio quanto al coordinamento generale del Piano si affianca una altrettanta centralità del Mef e della RGS, seppur su un piano diverso, quello del coordinamento finanziario. La prassi registra ormai da tempi risalenti l'accresciuto ruolo del Mef, ma in questo contesto acquista una valenza peculiare essendo il punto di contatto con la Commissione europea per l'attuazione del PNRR oltre che rappresentare il motore propulsivo delle delicatissime fasi di attuazione e monitoraggio, rendicontazione e controllo dell'*iter* realizzativo del PNRR, come già evidenziato in precedenza.» cit. A. SCIORTINO, *op. cit.*, 257.

lizzazione dell'indirizzo politico sotteso<sup>47</sup>. Occorre chiedersi dunque fino a che punto possa spingersi la negoziazione politica e quale sia il margine di incisività spettate ai partiti nella dialettica preliminare (ed anche successiva) alla formazione del governo. In tal senso l'accordo di coalizione costituirebbe il presupposto principale per determinare la flessibilità dei governi. È dunque l'ampiezza della maggioranza parlamentare a determinare l'elasticità degli esecutivi.

Al d.l. n. 22/2021 si deve l'istituzione di un apposito dicastero con portafoglio per la transizione ecologica, sul modello francese e spagnolo, in grado di riunire le competenze precedentemente assegnate al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare con altre attribuzioni in materia energetica prima ripartite fra più dicasteri. Un cambiamento tutt'altro che nominale. La scelta di optare per una struttura così definita è nata per rispondere ad una duplice esigenza. La prima ragione riguardava l'ingresso in maggioranza del *MoVimento Cinque Stelle*, il cui appoggio al nascente Governo Draghi era condizionato dalla previsione di un ministero per la transizione ecologica. La natura politica di questa richiesta trovava conferma, oltre che nelle dichiarazioni pubbliche degli esponenti del movimento e del suo fondatore, nello stesso quesito sottoposto agli iscritti tramite la Piattaforma Rousseau. La base era chiamata dunque ad esprimersi in senso favorevole o contrario circa il sostegno ad un governo tecnico-politico che prevedesse, citando il quesito, «un super-Ministero della Transizione Ecologica» per difendere «i principali risultati raggiunti dal *MoVimento*, con le altre forze politiche indicate dal presidente incaricato Mario Draghi». La seconda (e ben più significativa) ragione andrebbe invece valutata in funzione delle ingenti risorse economiche stanziare dall'Unione Europea attraverso *Recovery Fund* per lo sviluppo sostenibile. Un'attenzione che ha trovato conferma nella volontà del *Premier* incaricato di incontrare nel corso delle consultazioni<sup>48</sup> i rappresentanti

<sup>47</sup> Secondo De Lungo dal Governo Draghi: «emerge, infatti, in modo abbastanza nitido come la riforma dei Ministeri sia volta a creare una certa simmetria fra articolazione dei dicasteri e missioni dei fondi di *Next Generation EU*, nella prospettiva impellente di implementare e attuare – entro le tempistiche dettate in sede europea – il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza» cit. D. DE LUNGO, *Appunti costituzionali sul nuovo "Decreto Ministeri" del Governo Draghi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 2, 2021, 38.

<sup>48</sup> Con riguardo alle *piccole consultazioni* svolte dal Presidente del Consiglio incaricato nella fase preliminare alla formazione del Governo: «Si è in presenza di un vero e proprio gioco politico, dove ogni attore cerca di massimizzare l'utilità derivante da questa negoziazione. In questo frangente prende il sopravvento la competizione e, dunque, si ricade in pieno in quelle dinamiche interattive che sono l'oggetto proprio di analisi della teoria dei giochi. L'esito è incerto. Le reciproche strategie sono pervase da tensioni, minacce, ricatti. La posta in gioco è alta e ogni mossa è studiata cercando di prevedere in anticipo le contromosse altrui. Si pensi solo alla distribuzione dei singoli ministeri, vero fattore di incontro (e scontro) in queste trattative. Diversamente dalle consultazioni del Capo dello Stato, che mirano a promuovere la cooperazione in vista della formazione di un nuovo esecutivo, la negoziazione che si celebra sotto la regia del Presidente del Consiglio incaricato assume contorni differenti.» cit. Q. CAMERLENGO, *Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi*, in *Consulta online*, fasc. n. 1, 2022, 25.

delle principali associazioni ambientaliste (*WWF*, *Greenpeace* e *Legambiente*). Fatto inedito considerando l'*iter* di formazione dei governi in Italia. La scelta è parsa dunque più pragmatica che ideologica, specie in considerazione del regolamento del *Next Generation EU* che prevede che almeno il 37% dei fondi stanziati venga impiegato per il raggiungimento degli obiettivi climatici<sup>49</sup>. Proprio il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, che il Governo Draghi ha presentato al Parlamento il 25 aprile 2021, individua nella *transizione verde* e nella *trasformazione digitale* due delle sei aree di intervento. La scelta di un tecnico quale Roberto Cingolani alla guida del ministero per la transizione ecologica dimostra quanto la fisionomia dei dicasteri sia in grado di trascendere anche le nomenclature di partito, nonostante l'istituzione di tale ministero sia stata la condizione politica più rilevante posta da un partito in fase di negoziazione. Stando alle dichiarazioni ufficiali infatti, la richiesta posta dal *MoVimento Cinque Stelle* per dar vita ad un accordo di coalizione riguardava la sola creazione di un apposito ministero con competenze ampie e denominazione nuova.

Il decreto legge in esame interviene apportando ulteriori modifiche all'articolo 2 del d.lgs. n. 300/1999, rinominando il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. L'intervento in questione non solleva tuttavia particolari profili di criticità, né alcun cambiamento sul piano pratico. Si limita soltanto ad operare una sostituzione del termine "trasporti" con il più moderno concetto di "mobilità sostenibile", coerentemente alla previsione di un apposito ministero per la transizione ecologica e all'azione di governo preannunciata.

Dal d.l. n. 22/2021 emerge una certa continuità con il secondo governo Conte nel rafforzamento delle funzioni della Presidenza del Consiglio dei ministri "in materia di coordinamento e promozione delle politiche del Governo relative all'innovazione tecnologica, alla trasformazione e alla transizione digitale". Nella nuova formulazione al precedente Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione viene sostituita quest'ultima attribuzione con l'espressione "transizione digitale"<sup>50</sup>.

Nel d.l. n. 22/2021 viene altresì considerata la «straordinaria necessità e urgenza» di re-istituire un ministero con portafoglio dedicato al turismo a fronte di un complessivo rilancio del settore duramente colpito dall'emergenza COVID-19. In realtà sarebbe più opportuno parlare di uno spacchettamento del precedente Ministero dei Beni, delle attività culturali e del turismo (MiBACT)

---

<sup>49</sup> Già a partire dal dicembre 2019 la Commissione europea ha avviato un programma noto come, *European Green Deal*, per la riduzione di almeno il 50% delle emissioni di gas a effetto serra in tutti i paesi membri dell'Unione Europea, raggiungendo così la neutralità climatica entro il 2050.

<sup>50</sup> Il MIT (Ministero per l'innovazione e le tecnologie) venne istituito nel secondo governo Berlusconi. Nei governi Prodi II e Berlusconi IV l'innovazione è stata integrata al dicastero per la P.A.

in due differenti dicasteri: il Ministero della cultura ed il Ministero del turismo. Già nel corso della stessa legislatura, durante il Governo Conte I, la delega al turismo ha subito un'insolita assegnazione venendo accorpata al Ministero per le politiche agricole, alimentari e forestali, in quota *Lega*. Il d.l. n. 22/2021 parla esplicitamente di turismo definendolo come un «obiettivo prioritario». Tuttavia lo spacchettamento operato per la formazione Governo Draghi va compreso nell'ottica di un patto di coalizione, trattandosi di un tema sensibile per una delle forze della coalizione quale appunto la *Lega*, già titolare della medesima competenza nel primo governo Conte. Un ridimensionamento del precedente MiBACT è quindi funzionale alla ricerca di un nuovo equilibrio, necessario per allargare il più possibile la compagine di governo. Si assiste anche in questo caso alla coesistenza di due ragioni: da un lato l'esigenza politica di una maggioranza quanto più ampia possibile, dall'altro l'esigenza di rilanciare un comparto in difficoltà.

Numero e denominazione dei ministeri non possono essere inquadrati soltanto in virtù di esigenze tecniche o di un generico ossequio al segno dei tempi, vanno invece rilevate nella complessa logica coalizionale. Ne consegue *naturaliter* che non esiste un numero aureo di ministeri. Occorre tuttavia operare un bilanciamento tra la necessità *politico-amministrativa* di dicasteri maggiormente rispondenti ai mutamenti sociali ed istituzionali e la necessità *politico-partitica* di dare la giusta rappresentanza alle forze che costituiscono il patto di coalizione. L'unico limite costituzionale deve quindi individuarsi *oborto collo* nel rispetto assoluto del principio di buon andamento, eminentemente consacrato all'art 97 della Costituzione. Le scelte adottate con il d.l. n. 22/2021 non si limitano a ridisegnare il volto e le competenze dei dicasteri ma dettano un preciso indirizzo politico. Tali misure preliminari e funzionali alla determinazione di una "rotta politica" confermano ancora una volta, al pari della definizione del PNRR, la natura politica del Governo Draghi.

#### 4. Conclusioni

Il banco di prova di questa "coalizione non coalizzata" è plasticamente rappresentato dalla mancata elezione di Mario Draghi a Presidente della Repubblica, malgrado la mal celata disponibilità di quest'ultimo a ricoprire tale Ufficio<sup>51</sup>. Vale la pena ricordare come nella storia repubblicana nessun Presidente del Consiglio

---

<sup>51</sup> La disponibilità dell'interessato è emersa a più riprese. Per la prima volta in occasione della conferenza stampa del 22 dicembre 2021: «Il mio destino personale non conta assolutamente niente, non ho particolari aspirazioni di un tipo o di un altro, sono un uomo e un nonno al servizio delle istituzioni». Sulla tenuta dell'esecutivo lo stesso ha aggiunto: «Il governo può andare avanti indipendentemente da chi ci sarà. Sul Pnrr abbiamo raggiunto tutti i 51 obiettivi concordati con la Commissione Ue. Il mio destino non conta, le decisioni spettano al Parlamento». Nella successiva

dei ministri in carica sia mai diventato capo dello Stato<sup>52</sup>. L'atteggiamento tiepido delle forze politiche presenti in Parlamento può giustificarsi sia in forza di un diffuso timore per la fine anticipata della legislatura (comune a tutti i *peones* dell'emiclo) sia per la difficoltà di trovare un punto di equilibrio alternativo al *Premier*. Ciò avrebbe comportato la sovrapposizione di due trattative: una per l'elezione del Presidente della Repubblica e l'altra per l'eventuale formazione di un nuovo governo. La questione, istituzionalmente fondata, andrebbe tuttavia inquadrata tenendo conto dell'opportuna alternanza di un profilo tecnico e di uno politico rispettivamente a Palazzo Chigi e al Quirinale<sup>53</sup>. Basti pensare come sotto la presidenza di Luigi Einaudi e Carlo Azeglio Ciampi – profili tecnici indissolubilmente legati alla Banca d'Italia e non espressioni marcate “di partito” – si siano susseguiti governi dalla caratura politica evidente. Per dirla con le parole di Pasquino: «Qui entra in gioco la democrazia parlamentare, troppo spesso ritenuta debole laddove la sua forza consiste nella flessibilità e nell'adattabilità»<sup>54</sup>. La mancata volontà dei partiti di maggioranza di sostenere l'ascesa di Mario Draghi al Colle più alto nonostante i numerosi tentativi di mediazione ci interroga circa

---

conferenza stampa del 10 gennaio precisa invece: «Non risponderò a questioni su sviluppi futuri come il Quirinale» facendo intendere così un interesse evidente.

<sup>52</sup> «Nell'ipotesi di ascesa del Presidente del Consiglio al Quirinale e di crisi conseguente alle dimissioni dell'interessato per incompatibilità, si pone dunque il problema dell'esercizio delle funzioni di Capo del Governo per tutta la durata della crisi, posto che quest'ultimo non può esercitarle neppure in regime di *prorogatio*. A tal proposito, va evidenziato che la Costituzione non prevede espressamente la “supplenza” del Presidente del Consiglio dei ministri che non possa, temporaneamente o permanentemente, esercitare le sue funzioni. A tale lacuna, rimedia solo parzialmente la fonte primaria, la quale – per mano dell'art. 8 della legge 23 agosto 1988, n. 400 – dispone che, in caso di assenza o impedimento temporaneo del Presidente del Consiglio dei ministri, le relative funzioni siano esercitate dal Vicepresidente del Consiglio, qualora nominato, oppure dal Ministro più anziano per età.» così A. GIGLIOTTI, *Elezione al Quirinale del Presidente del Consiglio in carica. Quanti problemi!*, in *Iacostituzione.info*, 22 gennaio 2022.

<sup>53</sup> «Taluno vorrebbe anche cogliere l'occasione per affermare un presidenzialismo o un semi-presidenzialismo di fatto, si direbbe realizzato in chiave materialmente costituzionale, attraverso la sapiente collocazione alla presidenza della Repubblica di una personalità forte, che ha dato buona prova come presidente del Consiglio, e di una personalità gregaria a capo dell'Esecutivo. [...] È accaduto di avere un Presidente della Repubblica “governante”; ma la forma di governo non ha cessato di essere parlamentare. Il presidenzialismo è ben altra cosa. Vero è, invece, che la forma di governo parlamentare, in Italia come in tutta Europa, si caratterizza per la elevata virtuosa adattabilità alle dinamiche politiche. Se si guarda all'intera esperienza repubblicana, tanto variabile, in alcune fasi, e tanto difficile da orientare, si può constatare l'alta capacità di conformazione di quella «fattispecie a formazione progressiva» apprestata dalla Costituzione. L'assetto parlamentare va dunque conservato, perché è la forma organizzativa che meglio assicura, nella tradizione costituzionale cui apparteniamo, la conservazione della forma di Stato democratica.» cit. S. STAIANO, *op. cit.*, xviii.

<sup>54</sup> Così G. PASQUINO, *Tra Palazzo Chigi e Quirinale: la flessibilità della democrazia parlamentare, in il Mulino*, numero speciale “*Quirinale 2022 – La successione alla presidenza, un passaggio istituzionale delicato*”, 5 gennaio 2022.

la tenuta del patto coalizionale, e chissà, anche sul prosieguo dell'esperienza di governo. In una prima fase le differenti posizioni dei partiti di maggioranza si sono concentrate prevalentemente sulla gestione dell'emergenza pandemica e quindi sul PNRR, sul tema delle riaperture, sugli sviluppi della campagna vaccinale e sull'obbligo della certificazione verde. Nella fase intermedia a dividere la colazione sono state invece le annose questioni di carattere interno, come la riforma della giustizia e le concessioni balneari. Dal febbraio del 2022, con l'acuirsi del conflitto russo-ucraino, la maggioranza si è nuovamente spaccata sulle scelte di politica estera adottate dal Governo, sulle modalità di risoluzione della crisi energetica, sull'aumento delle spese militari e soprattutto sull'invio di armi all'Ucraina (basti pensare alle resistenze della *Legga* e del *MoVimento Cinque Stelle*). I temi appena citati non hanno logorato dall'interno soltanto l'Esecutivo ma anche i partiti che lo compongono, sfociando in veri propri conflitti istituzionali come dimostra la cd. *vicenda Petrocelli*<sup>55</sup>.

In assenza di *leadership* forti il primato di una diarchia presidenziale che vede nel Presidente del Consiglio e nel Presidente della Repubblica gli unici elementi di stabilità del sistema istituzionale si pone in aperto contrasto con la forma di governo parlamentare, declassando sempre più le assemblee elettive in organi meramente ratificanti<sup>56</sup>. Volendo ricorrere ad una felice quanto efficace espressione di Giuliano Amato riguardo ai poteri del Presidente della Repubblica, quella dei governi è sempre più una struttura *a fisarmonica* in grado di contrarsi e di restringersi in funzione degli accordi di coalizione. L'arduo compito resta quello di definirne i limiti di agibilità costituzionale. Le vicende che hanno condotto

<sup>55</sup> Il senatore grillino On. Vito Rosario Petrocelli, in qualità di Presidente della Commissione Affari Esteri del Senato della Repubblica, ha in più occasioni manifestato il suo disappunto circa il posizionamento atlantista del Governo Draghi discostandosi altresì dalla linea ufficiale del suo stesso partito. Il 25 aprile 2022, giorno della Liberazione, l'On. Petrocelli ha condiviso dal suo *account* un *tweet* contenente la "Z" simbolo dell'invasione russa. Dopo numerose richieste di dimissioni, puntualmente rifiutate, tutti i componenti della Commissione Affari Esteri del Senato (ad eccezione del senatore Emanuele Dessì e dello stesso presidente) hanno rassegnato le proprie dimissioni alla Giunta per il Regolamento. Il 10 maggio 2022 la stessa Giunta ha dato parere favorevole allo scioglimento della Commissione Affari Esteri di Palazzo Madama, facendo di fatto decadere l'On. Petrocelli dalla carica di Presidente. Il 18 maggio 2022 viene eletta al suo posto con dodici voti su ventidue l'On. Stefania Craxi, in quota *Forza Italia*, battendo il senatore Ettore Licheri candidato dal *MoVimento Cinque Stelle* e sostenuto anche dal *Partito Democratico*.

<sup>56</sup> «Il modello della *governabilità tecnocratica*, espressione del dualismo Presidente della Repubblica-Presidente del Consiglio, che si pone al di sopra della forma di governo parlamentare, svilendo il ruolo del Parlamento, trasformando i partiti politici in *comparses della commedia dell'arte*, determinando dunque un *vulnus* diretto alla sovranità popolare ed all'esercizio dei diritti politici, può rappresentare una delle cause del populismo, ma in senso più ampio, realizzare uno psicodramma collettivo di perdita di coscienza democratica» cit. LUCARELLI A., *Il modello dualista dei Presidenti: prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 2021, fasc. n. 1, editoriale, V.

alla formazione dei Governi Monti e Draghi dimostrano come il circuito tripolare Governo-Parlamento-Presidente della Repubblica sia da solo insufficiente. L'elasticità dei governi risulta condizionata all'esterno dal rapporto con Unione Europea ed i mercati, all'interno dal rapporto con i partiti ed i corpi intermedi. Una tensione costituzionale in grado di flettere la forma di governo in maniera irreversibile. Il rafforzamento dell'organo Governo non è soltanto un problema di fonti (come dimostrato dall'uso patologico della decretazione d'urgenza) né tantomeno è legato all'abuso di strumenti parlamentari (come il ricorso *machista* alla questione di fiducia) ma investe nel profondo l'ordinamento costituzionale. Nonostante i legittimi timori successivi al dramma dell'esperienza totalitaria e post-bellica che si evincono dai lavori dell'Assemblea Costituente<sup>57</sup>, i poteri del governo si sono ampliati in misura esponenziale seppur a Costituzione invariata<sup>58</sup>. Naufragati tutti i tentativi di riforma, a partire dai quesiti referendari del 2006 e del 2016, il governo parlamentare risulta deformato ed incapace di incidere. Eppure la natura parlamentare della forma di governo italiana non si esaurisce nel mero rapporto di fiducia ma rileva in una fitta rete di interconnessioni costituzionalmente previste: si pensi al ruolo delle Camere con riguardo all'ap-

---

<sup>57</sup> Osserva Manzella: «Nella nostra fase costituente, l'ordine del giorno Perassi, il 5 settembre 1946, dette la più chiara immagine del compromesso che si stipulava: "pronunciandosi?" per «l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, *tuttavia*, con disposizioni costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità del governo ed evitare le degenerazioni del parlamentarismo». Si accettava cioè il compromesso sul parlamento partitico con tutti i suoi vizi congeniti, compresi quelli che avevano favorito la lunga dittatura, in cambio di una prospettiva futura di revisione dei suoi "modi". Sono invece seguiti quasi 80 anni di varie omissioni a quel "*tuttavia*"» cit. A. MANZELLA, *L'elogio dell'assemblea, tuttavia*, Modena, Mucchi Editore, 2020, 63.

<sup>58</sup> Analisi condivisa da autorevole dottrina: «L'interpretazione secondo cui è subentrata una nuova forma di governo implica l'avvenuto superamento del governo parlamentare, quando invece la disciplina costituzionale continua a tratteggiarlo, e quindi comporta la grave conseguenza della negazione del valore prescrittivo della Costituzione relativamente a un aspetto essenziale dell'ordinamento della Repubblica. [...] Vi si oppone in particolare il carattere flessibile del governo parlamentare, la sua capacità di adeguarsi al mutare dello scenario politico istituzionale. Carattere che è assecondato dalla concisione della disciplina costituzionale dei rapporti reciproci fra gli organi politici, che proprio in virtù della sua essenzialità permette l'apertura del testo a varie possibili modulazioni del parlamentarismo.» Prosegue l'A.: «Più adeguato a descrivere lo stato attuale delle cose è allora l'interpretazione secondo cui siamo di fronte a una diversa versione del governo parlamentare, che cambia e si modifica in corso d'opera sfruttando, appunto, i margini di flessibilità consentiti dalla disciplina costituzionale sulla forma di governo. Una versione che non comporta l'abbandono del modello parlamentare prescelto dalla Costituzione; che non lacera lo spazio delineato dal triangolo dei tre organi politici. Piuttosto, le modificazioni intervenute mostrano come da tempo si sia avviata una fase di transizione. L'approdo ultimo di questo processo appare però incerto. Posto che finora le spinte modificative della prassi, per quanto potenti, non sono state di misura tale da provocare l'abbandono del governo parlamentare, gli sviluppi ulteriori potrebbero, tanto disarticolarlo definitivamente, quanto, all'opposto, mitigare gli effetti di maggior contrasto con il disegno costituzionale.» così G. DI COSIMO, *Sviluppi del governo parlamentare*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2, 2020, 63-64.

provazione della legge di bilancio o all'elezione in seduta comune del Presidente della Repubblica, di un terzo dei giudici della Corte costituzionale e di un terzo dei componenti del Consiglio superiore della magistratura. Si evince pertanto un evidente disallineamento tra il dettato costituzionale e la prassi. Il governo di coalizione riguarda la qualità della democrazia, e come tale va tutelato dalla deriva efficientista della stabilità ad ogni costo. Il mito della governabilità anche a discapito di una abnorme menomazione della rappresentanza resta appunto un mito dinanzi alle esigenze di flessibilità dell'esecutivo<sup>59</sup>. Tuttavia le coalizioni necessitano di partiti dotati di una cultura di governo di tipo aggregativo, caratteristica questa che prima della XVIII legislatura era quasi del tutto estranea alle attuali formazioni politiche pervicacemente ancorate a logiche maggioritarie. Il superamento tanto del bipolarismo quanto del tripolarismo impone un ripensamento del sistema elettorale che funga da correttivo alla torsione presidenziale da più parti ventilata. In questo senso il ritorno ad un sistema proporzionale puro con una soglia di sbarramento "alla tedesca" concorrerebbe a rappresentare realisticamente quel conflitto che i partiti non sono più in grado di sintetizzare. La conseguente parcellizzazione del Parlamento potrebbe restituire ai partiti politici parte di quella centralità perduta nella dialettica preliminare alla formazione degli esecutivi? Pur non essendo bastevole sarebbe comunque uno spiraglio di luce nella lunga notte della forma di governo parlamentare.

---

<sup>59</sup> Sul punto concorda Lauro secondo cui: «[...] non esistono "maggioranze obbligate" né "maggioranze precostituite" in sede elettorale. Ciò è positivo e rappresenta una caratteristica nuova per la realtà politico-istituzionale italiana che la avvicina alle altre esperienze europee. La questione critica, però, è che questa flessibilità va in qualche modo direzionata, affinché non si tramuti in un'incontrollata volatilità. Il tema della "governabilità" qui si pone come un finto problema: le Camere mostrano infine di poter diventare "governabilissime" poiché una maggioranza di investitura, alla fine, si trova. Il vero problema è la solidità, la continuità e la coerenza dell'indirizzo politico, che non può mutare annualmente, ammettendo tutto e il suo contrario, senza passare per un voto popolare che legittimi, in linea di massima, le opzioni politiche fondamentali» cit. A. LAURO, *op. cit.*, 398.

### Abstract

Il presente contributo intende analizzare l'evoluzione della forma di governo alla luce della formazione dell'esecutivo Draghi. Si tenterà di comprendere la necessità di una grande coalizione in relazione all'emergenza pandemica, al PNRR e al conflitto russo-ucraino. In che modo la negoziazione dei partiti incide sull'indirizzo politico e sulla sua omogeneità? Le esigenze costituzionali che sottendono ad un accordo di coalizione evidenziano l'elasticità degli esecutivi tra tecnica e politica. Cosa rende il Governo Draghi diverso dai precedenti governi tecnici? La natura, la composizione, gli obiettivi e la struttura dei governi sono condizionati dalla governance europea al punto tale che la fiducia dei mercati risulta complementare a quella del Parlamento. Le coalizioni contemporanee si configurano così come l'esatta intersezione tra la torsione del sistema elettorale ed il cortocircuito della rappresentanza. Sarà possibile porre fine alla lunga notte della democrazia parlamentare?

The flexibility of the executive powers between technique and politics: «Sentinella, quanto resta della notte?»

This contribution intends to analyze the evolution of the form of government in the light of the formation of the Draghi government. An attempt will be made to understand the need for a grand coalition in relation to the pandemic emergency, the PNRR and the Russian-Ukrainian conflict. How does the negotiation of parties affect the political direction and its homogeneity? The constitutional requirements underlying a coalition agreement highlight the elasticity of the executive powers between technique and politics. What makes the Draghi government different from previous technical governments? The nature, composition, objectives and structure of governments are conditioned by european governance to the extent that market confidence is complementary to that of Parliament. Contemporary coalitions are thus configured as the exact intersection between the torsion of the electoral system and the short circuit of representation. Will it be possible to end the long night of parliamentary democracy?



*La dottrina dialoga con la giurisprudenza*



Ancora una fumata nera sulla legittimazione attiva  
del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione.  
(Noterelle a margine dell'ordinanza n. 15 del 2022 della Corte costituzionale)

di Francesco Zammartino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza 17 del 2019: l'ammissione (in via teorica) del conflitto? – 3. L'ordinanza n. 15 del 2022: una nuova occasione persa? – 4. Brevi conclusioni.

1. *Premessa*

L'ordinanza n. 15 del 2022 della Corte costituzionale configura un ulteriore caso in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi direttamente sul delicato tema della lamentata menomazione delle prerogative spettanti al singolo parlamentare.

Tale decisione, pur nel suo disegno apparentemente lineare (risulta, infatti, fondata su di un facile sillogismo: che l'ammissibilità del conflitto tra poteri promosso dal singolo parlamentare è subordinata alla sussistenza di una manifesta lesione delle sue proprie prerogative costituzionali), presta, tuttavia, il fianco a qualche breve riflessione critica in ordine alla individuazione dei limiti della prerogativa, quest'ultima peraltro riconosciuta (ma solo ipoteticamente) in precedenza dalla pronuncia n. 17 del 2019, che ha stabilito «che i singoli parlamentari sono legittimati a sollevare conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale in caso di violazioni gravi e manifeste delle prerogative che la Costituzione attribuisce loro».

Come è noto, il riconoscimento ai singoli deputati e senatori della facoltà di sollevare un conflitto di attribuzione aveva trovato riscontro nei decenni passati solo in minoritaria ma avvertita dottrina<sup>1</sup> che, a tal proposito, evidenziava come l'esercizio delle funzioni parlamentari non potesse che configurarsi come una pubblica funzione costituzionalmente rilevante<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In questo ordine di idee, N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991; A. MORRONE, *Note sul ricorso del singolo parlamentare per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI a cura di, *Il "caso Previti". Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Torino, 2000, 121 ss.; A. SAITTA, *Corte costituzionale e minoranze (prime notazioni)*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI a cura di, *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 240 ss., ID., C. CALVIERI, *Organi parlamentari e conflitto di attribuzioni. Tendenze evolutive*, in G. AZZARITI, *Le Camere nei conflitti*, Torino, 2002, 77 ss.; G. RIVISECCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova, 2003, 90 ss.

<sup>2</sup> Tuttavia, appare opportuno ricordare, che per la dottrina menzionata il riconoscimento di siffatto potere più che al singolo parlamentare, sarebbe dovuto spettare alle minoranze politiche di cui esso fosse espressione. In dottrina, cfr. Cfr. M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni: una nuova voce nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *Osservatorio delle fonti*, 1/2019, 2.

Il Giudice delle leggi, dal canto suo, aveva sempre mostrato una certa cautela<sup>3</sup> e non solo perché simili decisioni inerenti al potenziale riconoscimento della legittimazione a sollevare conflitto da parte dei singoli parlamentari assumessero un alto grado di politicità<sup>4</sup>. In un ragionamento di ben più ampio respiro, perplessità erano state sollevate in passato dalla Consulta (ma pure dalla prevalente dottrina)<sup>5</sup> anche riguardo al fatto che in occasione dell'esercizio della funzione legislativa attribuita collettivamente e con parità di poteri a entrambe le Assemblee «un organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono» non esisteva<sup>6</sup>.

La circostanza decisiva che tuttavia orientò successivamente il Giudice delle leggi a ipotizzare il riconoscimento anche a ciascun membro delle Camere rappresentative della possibilità di sollevare un conflitto di attribuzione fu la considerazione dell'alveo dei diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti ai singoli parlamentari, atteso che il non attribuire a questi ultimi il potere di ricorrere alla Consulta a tutela delle proprie attribuzioni appariva in contrasto con la Costituzione<sup>7</sup>.

È in tale prospettiva che cominciò a emergere un nuovo approccio al tema da parte della Corte, riconducibile proprio al filone del nucleo minimo dei diritti

<sup>3</sup> Corte cost., sentt., nn. 9/1970 e 1150/1988.

<sup>4</sup> Domandarsi perché la Consulta fosse rigida su questa posizione pur esistendo non incongrue motivazioni per pensare di ampliare la sfera del contraddittorio, non è esercizio semplice. Si rimane fermi sull'idea, tuttavia, che la principale preoccupazione del Giudice delle leggi fosse data dal fatto che tale riconoscimento avrebbe comportato come conseguenza anche la concreta legittimazione del singolo membro Parlamentare a sollevare il conflitto tra poteri incrinando, così, il “dogma” secondo cui la prerogativa parlamentare era assolutamente indisponibile al singolo.

<sup>5</sup> Per chi riteneva che il parlamentare non fosse in grado di esprimere alcuna volontà definitiva, si v. ex plurimis, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano, 1972; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1459; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, 134; R. PINARDI, *Sul carattere di «insindacabilità» della delibera parlamentare in tema di autorizzazione a procedere per reati ministeriali*, in *Giur. cost.*, 1993, 3180 ss., 3191). Immediatamente a ridosso della decisione citata v. anche E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI a cura di, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996–1998)*, Torino, 1999, 339 ss.; M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI a cura di, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 339 ss., 359 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, 151 e 344 s.; S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2000, 185 ss.; A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 289 ss., 314 s.; A. SAITTA, *Corte costituzionale e minoranze (prime notazioni)*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 217 ss., spec. 236 ss.; C. MARTINELLI, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Milano, 2002, spec. 100

<sup>6</sup> Corte cost., ord. n. 91/1965.

<sup>7</sup> Corte cost., ord. 177, 178, 179 del 1998.

fondamentali<sup>8</sup>, mediante il quale si lasciava aperta l'ipotesi di configurare (veniva attuata per la prima volta la c.d. clausola di sicurezza che avrebbe poi costituito un "ricorrente ritornello" di quasi tutte le sue decisioni di inammissibilità in materia), in specifiche situazioni, delle «attribuzioni individuali di potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato»<sup>9</sup>.

In altri termini, la Corte costituzionale, pur continuando a dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi proposti dai singoli parlamentari, non negava la possibilità di considerarne positivamente la sussistenza, lasciando, a dire della Corte, «impregiudicata la questione se in altre situazioni siano configurabili attribuzioni individuali di potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato»<sup>10</sup>.

Non è certamente questa la sede per ripercorrere compiutamente tutti i salti evolutivi fin qui solo evocati, ma c'è da dire che questo nuovo filone interpretativo, che segnò l'avvio di un esponenziale sviluppo del ricorso allo strumento del conflitto di attribuzione tra poteri che si concentrò soprattutto nel periodo che va dal 1997 al 2007 e riferibile al duro scontro tra Camere e autorità giudiziaria ex art. 68, co.1, Cost.<sup>11</sup>, ha tenuto il campo per un lungo periodo di tempo fine ad arrivare – e questo sembra essere l'elemento di maggior rilievo ai nostri fini – alle ultime ordinanze<sup>12</sup> che hanno preceduto la decisione n. 17 del 2019.

Da quest'ultime si evinceva, nelle pieghe argomentative, che in sostanza non era escluso che si potessero configurare attribuzioni individuali di potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare fosse legittimato a ricorrere<sup>13</sup>, facendo prefigurare in sostanza svolte giurisprudenziali, poi, in concreto, mai attuate.

Nell'ambito del nuovo scenario che andava a realizzarsi, le aspettative maturate riguardo al riconoscimento ai parlamentari *uti singuli* della qualità di potere dello Stato erano già molte e contribuirono indubbiamente a favorire un clima di positiva attesa della decisione della Corte costituzionale n. 17 del 2019.

---

<sup>8</sup> M. MANETTI, *La tessera mancante: il conflitto di attribuzione promosso dalle minoranze parlamentari in materia di procedimento legislativo*, in *Giur. cost.*, 2016, 1107 ss.

<sup>9</sup> Corte cost., ord., n.177/1998.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> M. ARMANNO, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, Napoli, 2019, 169.

<sup>12</sup> Basterà qui menzionare Corte cost., ordd., n.225/2001, 149/ 2016, 277/2017, 163/2018, 181/2018. In dottrina, si v., ex plurimis, R. BIN, *Riserva di legge e conflitto di attribuzione: dov'è finita la caccia alle "zone franche"?* Breve nota a Corte costituzionale, ord. 163/2018, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 20 luglio 2018, 3, secondo il quale «prima o poi sarà inevitabile che la Corte smetta il *self restraint* che ha opposto sinora a tutti i tentativi di farla intervenire nelle vicende interne delle Camere».

<sup>13</sup> Per una recente ricognizione critica della giurisprudenza costituzionale al riguardo, v. C.P. GUARINI, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

## 2. *L'ordinanza 17 del 2019: l'ammissione (in via teorica) del conflitto?*

La decisione n. 17 del 2019 del Giudice costituzionale ha indubbiamente rappresentato, almeno riguardo alla sussistenza del requisito soggettivo<sup>14</sup>, la fine di un percorso interpretativo iniziato anni fa<sup>15</sup> e per questo, in un quadro più ampio di indagine, si è dell'opinione che essa vada inserita a pieno titolo in quel contesto – ormai comune a tutte le democrazie moderne mature – che vede l'attenzione verso le dinamiche di esercizio della funzione di giustizia costituzionale crescere in misura esponenziale, quale riflesso dell'enorme incremento di peso politico-istituzionale riconosciuto ad essa, in ragione anche della palese inadeguatezza delle risposte fornite dalle tradizionali strutture e dai classici meccanismi di governo delle società<sup>16</sup>.

D'altro canto, come è stato acutamente osservato, nelle circostanze che hanno ad oggetto le eventuali violazioni delle attribuzioni dei parlamentari nel corso del procedimento di approvazione di atti legislativi «si riflette la crisi dell'ideologia della governabilità»<sup>17</sup>.

Come è noto, la questione era sorta a seguito dei modi di approvazione della legge di bilancio per il 2019. In estrema sintesi, si riteneva da parte dei ricorrenti che il notevole abbattimento dei tempi per analizzare il d.l. avesse violato il proprio status di parlamentare, e specificamente, il proprio diritto di partecipare al procedimento legislativo quali rappresentanti della Nazione (art. 67 Cost.), il diritto di presentare progetti di legge ed emendamenti (art. 71 Cost.) e quello di partecipare all'esame dei progetti di legge (art. 72 Cost.).

Il giudice costituzionale, pur dichiarando inammissibile il ricorso per difetto delle essenziali caratteristiche oggettive<sup>18</sup>, ha affermato che «lo status costituzio-

<sup>14</sup> È necessario evidenziare che la Consulta per la prima volta ha ammesso sotto il profilo soggettivo il conflitto di attribuzioni sollevato dai trentasette senatori a titolo individuale, anche se poi ha respinto gli altri profili in nome dei quali essi avevano presentato ricorso, e cioè come minoranza parlamentare qualificata e come gruppo parlamentare; sul punto cfr. A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*, in *federalismi*, n. 4/2019, 1 ss.

<sup>15</sup> Cfr. M. SICLARI, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto tra poteri dello Stato e i suoi limiti*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2019.

<sup>16</sup> Secondo C.P. GUARINI, *La Corte costituzionale ancora sui conflitti tra poteri sollevati da singoli parlamentari tra conferme e prospettive di sviluppo (a margine delle ordinanze nn. 274 e 275 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2020, «è con la tentazione di un (ab)uso "partigiano" della giustizia costituzionale che la Corte deve (pericolosamente) confrontarsi, evitando di trasformare se stessa in una «terza camera», cosa che, tra l'altro, «costituirebbe un ulteriore passo verso la mortificazione del ruolo del Parlamento».

<sup>17</sup> M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in *Giur. cost.*, 2019, 192.

<sup>18</sup> La Corte costituzionale dopo aver riconosciuto in astratto tale ipotesi, non riconosce, nella specifica fattispecie, un'inconfutabile compressione delle prerogative del singolo parlamentare, che avrebbe permesso la dichiarazione di ammissibilità del ricorso.

nale del parlamentare comprende un complesso di attribuzioni inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto che gli spettano come singolo rappresentante della Nazione, individualmente considerato, da esercitare in modo autonomo e indipendente, non rimuovibili né modificabili ad iniziativa di altro organo parlamentare, sicché nell'esercizio di tali attribuzioni egli esprime una volontà in se stessa definitiva e conclusa, che soddisfa quanto previsto dall'art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953»<sup>19</sup>.

Si riconosceva chiaramente per la prima volta la legittimazione del singolo parlamentare, a tutela del potere di partecipare al procedimento legislativo<sup>20</sup>.

Ecco che quindi, nonostante la decisione in esame fosse apparsa non sempre lineare nelle sue linee argomentative di fondo e si fosse prestata ad alcune critiche<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Corte Cost., punto 3.3 del *Cons. in dir.*

<sup>20</sup> M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l'invalicabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2020, 200.

<sup>21</sup> La letteratura nel commento alla decisione è davvero numerosa. Tra i primi commenti, ex multis, si v. A. ANZON DEMMIG, *Conflitto tra poteri dello Stato o ricorso individuale a tutela dei diritti?*, in *Giur. cost.*, 2019, 183 ss.; L. BRUNETTI, *Autonomia delle Camere e menomazione delle attribuzioni del parlamentare. Quale "soglia di evidenza" giustifica l'intervento della Corte?*, in *forumcostituzionale.it*, n. 3/2019; G. BUONOMO, M. CERASE, *La Corte costituzionale ancora irrisolta sul ricorso delle minoranze parlamentari*, in *forumcostituzionale.it*, n. 2/2012; A. CARDONE, *Quali spazi aperti lascia il precedente? (Tre battute a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale)*, in *Osservatorio delle fonti*, n.1/2020; E. CATERINA, *È possibile dichiarare costituzionalmente illegittima una (intera) legge di bilancio?*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 1/2019; G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 1/2019; E. CHELLI, *L'ordinanza n. 17 del 2019: molte novità e un dubbio*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp. 429 ss. M. CAVINO, *La necessità formale di uno statuto dell'opposizione*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4/2019; A. CONTIERI, *Un monito inedito al Senato nell'ordinanza n. 17 del 2019*, in *federalismi.it*, n. 7/2019; S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4/2019; R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-2021 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*, in *federalismi.it*, n. 4/2019; F. FABRIZZI, *Il conflitto tra poteri quale strumento a tutela del procedimento legislativo*, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 5/2019; T. F. GIUPPONI, *Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi intra-potere dopo l'ordinanza n. 17 del 2019?*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 291 ss.; S. LIETO, *Conflitti tra poteri e soglia di evidenza. Notazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019.*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019; A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*, cit.; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4/2019; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4/2019; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4/2019; V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17/2019*, in *federalismi.it*, fasc. n. 3/2019; V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos*, fasc. n. 1/2019; A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo...virtuale o in astratto*, in *Consulta online*, fasc. n. 1/2019; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *federalismi.it*, n. 4/2019; G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. n. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza»?*, in *Osservatorio delle fonti*, n.1/2019.

sia sotto il profilo soggettivo (è stato negato, attraverso argomenti a dir poco discutibili, che il conflitto potesse essere sollevato dalle minoranza parlamentare qualificata e dal gruppo parlamentare), sia sotto il profilo oggettivo (non sembrano assolutamente chiari i presupposti legati alla concreta possibilità per la Corte di accertare le avvenute lesioni), “l’ipotesi” descritta dalla Corte che il medesimo conflitto potesse essere ammesso “in situazioni diverse” sembrava, a chi scrive, lasciare in eredità qualcosa di più di una mera promessa<sup>22</sup>, se non addirittura una prospettiva di sistema<sup>23</sup>.

In altri termini, l’ordinanza appariva preannunciare successivi capovolgimenti rispetto alla decisione citata atteso che il pronunciato (letteralmente la Corte) «resta fermo che per le leggi future simili modalità decisionali dovranno essere abbandonate altrimenti potranno non superare il vaglio di costituzionalità», sembrava risultare un vero e proprio monito al futuro legislatore, nel senso che qualora altri deputati e senatori avessero ritenute violate le proprie prerogative, non avrebbero avuto particolari dubbi a sollevare un nuovo conflitto<sup>24</sup> in modo da vedersi riconosciuta in concreto la tutela costituzionale di quel «complesso di attribuzioni inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto, che spettano al singolo rappresentante della Nazione, individualmente considerato, da esercitare in modo autonomo e indipendente, non rimuovibili né modificabili a iniziativa di altro organo parlamentare»<sup>25</sup>.

L’*occasio litis* si è concretamente manifestata durante l’iter di conversione del decreto legge n. 135 del 2018, quando in prima lettura in Senato veniva inserito per via emendativa un articolo estraneo al contenuto originario del decreto-legge, proposto dalle Commissioni di merito I e VIII<sup>26</sup>. Nonostante la decisa opposizione all’emendamento di diversi senatori appartenenti a schieramenti diversi e il successivo parere del Comitato per la legislazione della Camera che aveva invitato il legislatore di evitare “la commistione e la sovrapposizione, nello stesso atto normativo, di oggetti e finalità eterogenei”, la Camera in seconda lettura ha approvato il testo, previo voto di fiducia sul relativo articolo unico, così come trasmesso dal Senato.

Da qui sono stati presentati due ricorsi incentrati sul tema delle garanzie costituzionali del procedimento legislativo, che, sebbene entrambi avessero il medesimo oggetto (l’intrusione di un articolo mancante di qualsiasi correlazione

<sup>22</sup> S. CASSESE, *La scelta della Consulta sui diritti del Parlamento. Il senso di una decisione*, in *Corriere della sera*, 13 gennaio 2019, il quale sottolinea che con questa decisione «la Corte fa un grande passo avanti, dando l’impressione di restare ferma».

<sup>23</sup> Cfr. G. SALVADORI, *Lo stile d’ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell’ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell’ordinanza n. 207 del 2018)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. spec. 1.

<sup>24</sup> V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, cit., 12.

<sup>25</sup> Ord. n.17/2019, punto 3.3, cit.

<sup>26</sup> F. FABRIZZI, *Le ord. 274 e 275/2019 su conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevati da singoli parlamentari. Dialogando con l’ord. 17/2019*, in *Rivista AIC. Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2020, 177.

funzionale riguardo al provvedimento di urgenza), lamentavano tuttavia violazioni diverse, in quanto solo alla Camera dei Deputati era stata posta la questione di fiducia durante il procedimento di approvazione del provvedimento d'urgenza<sup>27</sup>.

Ma, in risposta a tali contestazioni il Giudice costituzionale, attraverso le due ordinanze 274 e 275 del 2019, ancora una volta si è trincerato dietro lo scudo dell'inammissibilità, statuendo che dalla stessa prospettazione dei ricorsi non si rilevava un abuso del procedimento legislativo in modo da configurare quelle violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari, rilevabili già in sede di sommaria delibazione.

È evidente che affermazioni del genere inducono a ritenere che il Giudice delle leggi, nonostante abbia lasciato aperto uno spiraglio, abbia preferito orientarsi verso ragionamenti che si prestano a complesse riflessioni ermeneutiche da cui difficilmente si riuscirà a presagire una chiara e netta inversione di tendenza.

Le questioni in esame, in fondo, sembravano costituire un'occasione propizia per superare quella dimensione "provvisoria" della n. 17/2019, eppure la Corte ha preferito rimanere ferma alla affermazione solo sul piano teorico della legittimazione dei singoli parlamentari, negata poi in concreto.

Lungo il percorso tracciato nel quale si sono analizzati, seppur sinteticamente, i conflitti di attribuzione sollevati dai singoli parlamentari prima e dopo l'ordinanza n.17 del 2019, vanno segnalate, infine, le ordinanze nn. 60, 86, 129, 176, 197 del 2020 e 186, 188, 255 e 256 del 2021 della Corte costituzionale collegate tra loro dalla particolarità delle trattazioni avanzate dai deputati e senatori ricorrenti, i quali, in sostanza, non condividendo alcune decisioni parlamentari, hanno fatto ricorso allo strumento dei conflitti di attribuzione per confutare il merito di tali deliberazioni anziché denunciarne i vizi procedurali e sottolineare in che modo queste avessero leso i propri diritti.

Ma la Consulta non ha mancato di rilevare come le violazioni sostenute dai ricorrenti fossero del tutto non pertinenti ai casi sollevati, sia perché c'era un difetto di legittimazione attiva a sollevare conflitto, sia perché non risultava nessuna lesione delle attribuzioni parlamentari<sup>28</sup>.

### 3. *L'ordinanza n. 15 del 2022: una nuova occasione persa?*

Dopo aver descritto, sommariamente, il background giurisprudenziale di riferimento, è giunto il momento di dedicarsi alla recente pronuncia emessa dalla

---

<sup>27</sup> Anche se nei due ricorsi si lamentava la violazione degli stessi parametri, e cioè gli artt. 67, 68, 70, 71, 72 e 77 della Costituzione.

<sup>28</sup> E. LE FAUCI, *I conflitti sollevati dai parlamentari a seguito dell'ordinanza n. 17/2019: tanto rumore per nulla?*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 4/2021, 167.

Corte costituzionale in un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Governo promosso da singoli parlamentari.

C'è da premettere, tuttavia, che la decisione in esame non si iscrive nella “saga” della legge di bilancio iniziata con la sent. n. 17 del 2019 e proseguita poi dalle decisioni nn. 60 e 197 del 2020; decisioni, per le quali, riguardo ai fatti che hanno determinato il conflitto in questione, si può sin da subito annotare come queste non possano che rappresentare le troppo note dinamiche dell'approvazione della manovra finanziaria annuale<sup>29</sup>.

L'opportunità è stata offerta dal decreto–legge del 30 dicembre 2021 n. 229 contenente le misure urgenti per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID -19 e disposizioni in materia di sorveglianza sanitaria.

Con ricorso depositato il 7 gennaio 2022, i deputati Cabras, Corda, Suriano, Vallascas e il senatore Loreface residenti nelle regioni Sicilia e Sardegna hanno evidenziato che la disposizione oggetto di conflitto, in vigore fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID -19, limitava di fatto l'esercizio della loro funzione parlamentare atteso che essa subordinava l'accesso ai mezzi di trasporto pubblico al possesso delle certificazioni verdi COVID -19 ( c.d. super grenn- pass), rilasciate, come è noto, solo alle persone che avevano completato il ciclo vaccinale o che erano risultate completamente guarite.

I ricorrenti, quindi, non in possesso delle certificazioni suddette, hanno rimarcato che la previsione oggetto di conflitto impediva loro di raggiungere il Parlamento, mediante i mezzi di trasporto pubblico aereo o marittimo, dai rispettivi luoghi di residenza, e, conseguentemente, lamentavano un grave vulnus all'esercizio e alla partecipazione all'attività legislativa atteso che il 24 gennaio erano stati convocati in Parlamento in seduta comune per l'elezione del Presidente della Repubblica.

Per quanto riguarda il requisito oggettivo, per l'ammissibilità del conflitto, i ricorrenti, oltre a contestare l'idoneità del decreto legge a determinare il conflitto, hanno ritenuto che il decreto–legge del 30 dicembre 2021 n. 229 stabilirebbe un profondo sbilanciamento fra i diversi poteri dello Stato, in quanto con esso il Governo avrebbe impedito ai ricorrenti la partecipazione a qualsiasi attività legislativa.

Si è ribadita, quindi, l'essenzialità del conflitto al fine di ripristinare le competenze costituzionalmente garantite e di garantire l'effettivo principio della separazione dei poteri.

Infine, i ricorrenti hanno rilevato che la disciplina oggetto di conflitto violerebbe l'art. 16 Cost. perché limiterebbe la libertà di circolazione nel territorio dello Stato per ragioni politiche, l'art. 3 Cost., poiché le limitazioni imposte stabilirebbero una disparità di trattamento nell'utilizzo di un servizio pubblico essen-

---

<sup>29</sup> E. LA FAUCI, *I conflitti sollevati dai parlamentari a seguito dell'ordinanza n. 17/2019: tanto rumore per nulla?*, in *Osservatorio costituzionale*, cit., p. 161.

ziale, nonché gli artt. 32 e 117 Cost., in quanto introdurrebbe surrettiziamente un obbligo vaccinale della cui utilità per la salute pubblica si evidenzerebbero numerosi dubbi.

La Corte costituzionale, presupponendo che l'ammissibilità del conflitto tra poteri promosso dal singolo parlamentare è subordinata alla sussistenza di una manifesta lesione delle sue proprie prerogative costituzionali, evidenzia come tale manifesta violazione non si è prefigurata nel caso di specie, in quanto la disciplina oggetto di conflitto, contenuta nel d.l. n. 229 del 2021, «regola le condizioni di accesso al trasporto pubblico da parte della collettività e non ha per oggetto le specifiche attribuzioni dei parlamentari, incise in via fattuale e di riflesso; attribuzioni il cui esercizio deve essere garantito, considerato il rilievo degli attuali impegni politico-parlamentari, dai competenti organi delle Camere, nel rispetto della legislazione vigente»<sup>30</sup>.

Per tali ragioni la Consulta ha sancito l'inammissibilità del conflitto.

Venendo all'esame del merito del conflitto non si può convenire con le conclusioni, non sempre coerenti, cui la Corte perviene.

Si ritiene, infatti, che detta ordinanza, pur collocandosi sulla falsariga dell'indirizzo interpretativo in senso estensivo da tempo ormai adottato dalla Corte in materia (ordd. nn. 277/2017, 163/2018, 181/2018, 219, 274 e 275 del 2019), in realtà ne configuri un sostanziale superamento, nella misura in cui può evidenziarsi un allontanamento da quei canoni interpretativi che la Corte stessa aveva in precedenza delineati, e posti a base del menzionato indirizzo.

Nella decisione in esame, il Giudice delle leggi, sembra propendere, da un lato, per un approccio alle vicende parlamentari di tipo tutt'altro che esclusivo, valutando la nozione di funzione parlamentare come assorbente ogni peculiarità unita alle diverse forme di esercizio della stessa e, dall'altro, per un'accentuazione della separatezza del diritto parlamentare.

Il fatto che la Corte non rilevi alcuna violazione delle prerogative costituzionali dei ricorrenti ad opera del d.l. n. 229 del 2021 nella parte in cui si regolano le condizioni di accesso al trasporto pubblico da parte della collettività, ritenendo che le attribuzioni dei parlamentari devono essere garantite dai competenti organi delle Camere, alla luce anche della particolare «capacità qualificatoria che il regolamento parlamentare possiede», induce a considerare che essa “trascuri” le conseguenze sull'autonomia funzionale del singolo parlamentare<sup>31</sup>.

La Corte, mediante un iter argomentativo non del tutto lineare, sancisce l'inammissibilità del conflitto in quanto i ricorrenti non sono riusciti a mettere in luce una “lesione manifesta” delle loro attribuzioni, atteso che la normativa oggetto del conflitto era diretta all'intera collettività; in seguito, evidenzia, che

<sup>30</sup> Punto 2 del Considerato in diritto

<sup>31</sup> Si v. T. GIUPPONI, *Autonomia delle Camere e green pass: porte oramai sbarrate al ricorso del singolo parlamentare?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2022, 159.

le attribuzioni sono ricavate solo “in via fattuale e di riflesso” dal decreto-legge, salvo poi aggiungere che compete comunque agli organi delle Camere, nel rispetto della legislazione vigente, garantire l’esercizio di tali attribuzioni «considerato il rilievo degli attuali impegni politico-parlamentari».

Appare evidente la contraddittorietà del percorso argomentativo che getta una zona d’ombra sul confine tra autonomia parlamentare e rispetto della legislazione in vigore.

Nell’ordinanza in esame, inoltre, la Corte sembra fare un “debole” riferimento a quel duplice criterio, «oggettivo» e «soggettivo» che, nelle decisioni precedenti, non senza perplessità e ripensamenti, aveva comunque ispirato la sua giurisprudenza in materia.

Vero è che né l’uno né l’altro possono assumere nella circostanza un rilievo decisivo: non è, insomma, dall’adesione piena e netta all’uno o all’altro dei suddetti criteri che può farsi discendere, sul piano di una rigorosa logica giuridica, la decisione della Corte.

Nondimeno, riguardo al profilo oggettivo, si è dell’idea che il Giudice costituzionale si sforzi di ritrovare dei punti di contatto tra il controllo operato dalla Corte e la figura del «giudizio» quando dichiara che «eccede l’oggetto del presente conflitto, a causa del palese difetto di rilevanza, anche la sollecitazione rivolta a questa Corte, affinché il menzionato d.l. n. 229 del 2021 sia oggetto di un’autorimessione avente ad oggetto i plurimi profili di illegittimità costituzionale che i ricorrenti vi intravedono»<sup>32</sup>.

Nè sembra ritrovarsi il fondamento della decisione in oggetto nell’adesione all’altro criterio, quello soggettivo. In effetti, gli stessi riferimenti che ad esso sono fatti nella decisione sono piuttosto esigui per dirla con la stessa Corte: «che l’ammissibilità del conflitto tra poteri promosso dal singolo parlamentare è subordinata alla sussistenza di una manifesta lesione delle sue proprie prerogative costituzionali». Essi si riducono, in pratica, ad un richiamo alle garanzie d’indipendenza previste in Costituzione.

Da tali considerazioni discende che la soluzione accolta dalla Corte costituzionale, peraltro a mio avviso troppo laconica, non può non dar adito a delle riserve se messa soprattutto in rapporto con la circostanza che l’adozione dei provvedimenti governativi (decreti legge e DPCM) per contrastare la diffusione della pandemia da Covid-19 non avrebbe determinato una lesione delle prerogative dei singoli parlamentari.

Come è noto, il decreto in oggetto, al fine di garantire anche ai grandi elettori positivi, parlamentari e delegati regionali, la partecipazione all’elezione del capo dello Stato, prevedeva alcune deroghe alla disciplina di sorveglianza sanitaria dei positivi al Covid-19, come quella di organizzare un seggio *drive-in* nel parcheggio di Montecitorio che permettesse di esercitare il proprio voto.

---

<sup>32</sup> Punto 3 del Considerato in diritto.

Ma l'autorizzazione a spostarsi nel territorio nazionale per raggiungere il seggio era fortemente contrastata dal divieto di utilizzare i mezzi pubblici di cui all'art. 1, co.2, lett. a) che limitava di fatto proprio ai parlamentari isolani il diritto di poter partecipare alla procedura di voto.

Tale divieto è stato fortemente ribadito anche dal d.l. n. 2 del 21 gennaio del 2022 (peraltro abrogato dalla legge n.11 del 18 febbraio del 2022) che introduceva norme derogatorie per consentire ai grandi elettori di partecipare alle elezioni presidenziali. In effetti, la disposizione, in continuità con quanto disposto dal d.l. n. 34 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 2020, prevedeva che durante la trasferta necessaria a completare le operazioni di voto i membri del Parlamento in seduta comune e i delegati regionali avrebbero dovuto attenersi al divieto di utilizzo dei mezzi pubblici e raggiungere la capitale solo con auto propria o con mezzo sanitario. Appare evidente che dalle esplicite disposizioni del decreto sono stati ancora esclusi i parlamentari isolani *no-pass*, acuendo una diversità di trattamento fra gli elettori presidenziali senza precedenti e della quale non è possibile vedere il logico fondamento<sup>33</sup>.

Il rilievo è subito sembrato serio in quanto la Corte per la prima volta ha dovuto esprimersi con riferimento a un criterio diverso da quelli che aveva dovuto considerare in giudizi precedenti. La doglianza dei ricorrenti si fondava sulle violazioni (palesi) degli artt. 3, 16, 32 e 117 Cost., che avrebbero menomato la sfera costituzionale attribuita al singolo parlamentare, ma il Giudice dei conflitti non ha ritenuto anche questa volta che ci fossero le condizioni necessarie a considerare ammissibile il conflitto sollevato dai singoli parlamentari, facendo cadere la prospettazione, con evidente affanno argomentativo, dei ricorrenti nei termini in cui è stata formulata.

In sostanza, per la Corte i ricorrenti non hanno dimostrato se la certificazione verde e i presupposti che la consentono siano tali da costruire un effettivo impedimento all'esercizio delle attribuzioni proprie dei parlamentari.

Eppure sarebbe forse bastato che la Corte avesse allargato il suo raggio d'azione, considerando anche il combinato disposto degli artt. 1, secondo comma, 67, 70, 71, 72 Cost. in modo, da una parte, di far emergere con più nettezza la specificità del potere attribuito ad ogni singolo parlamentare che è quello sovra-

---

<sup>33</sup> A tal riguardo si cfr. la sent. n. 161 del 1995 della Corte costituzionale nella quale si sanciva che il fattore tempo nell'adozione del decreto-legge preannunciava rischi consistenti quanto alle possibilità di tutela, «[r]ischi, questi, suscettibili di assumere connotazioni ancora più gravi nelle ipotesi in cui l'impiego del decreto-legge possa condurre a comprimere diritti fondamentali (e in particolare diritti politici), a incidere sulla materia costituzionale, a determinare – nei confronti dei soggetti privati – situazioni non più reversibili né sanabili anche a seguito della perdita di efficacia della norma. In tali ipotesi, certamente deprecabili – ma suscettibili di manifestarsi non soltanto attraverso l'impiego della decretazione d'urgenza – il ricorso allo strumento del conflitto tra i poteri dello Stato può, dunque, rappresentare la forma necessaria per apprestare una difesa in grado di unire all'immediatezza l'efficacia».

no di partecipare ai procedimenti legislativi, elettivi e di controllo, dall'altro, di superare la differenziazione tracciata dalla stessa Consulta tra i "diritti" che spettano ai parlamentari come persone e i diritti che appartengono loro quali membri delle Camere e, perciò, immediatamente connessi al loro specifico status.

Saremmo tentati, quindi, nel concludere che *nulla di nuovo sotto il sole* atteso che la decisione in commento sembra, ad ogni modo, porsi sulla stessa linea delle precedenti pronunce della Corte in materia di conflitti sollevati da parlamentari<sup>34</sup>. Del resto, il punto cruciale del ricorso, anche in questo specifico caso, sembra indirizzato a censurare la legittimità – e, dunque, il contenuto – del provvedimento impugnato piuttosto che a far valere delle concrete violazioni delle attribuzioni dei parlamentari.

In altri termini, si è dell'idea che il giudizio sull'ammissibilità del ricorso viene fatalmente a confondersi con il sindacato sul merito dello stesso. Di nuovo la Corte, "indirizzando" la conformazione delle proprie decisioni, arriva a presentare un'ordinanza di carattere processuale che in sostanza contiene una decisione sfavorevole nel merito ai ricorrenti.

Allo stato attuale, pertanto, chiedersi quale mai possa essere, anche nel prossimo futuro, il pratico esito di un'eventuale accertamento della violazione delle prerogative dei singoli parlamentari<sup>35</sup>, non è facile dirsi.

Tale situazione di incertezza, potrebbe però determinare effetti negativi 'a cascata' sul nostro sistema di giustizia costituzionale, dal momento che nel nostro sistema ordinamentale la legittimità della legge si commisura ai valori che trovano espressione nella Costituzione, di guisa che, quanto più condivisi sono i valori che questa esprime, tanto più è agevole riconoscere la legittimità della legge e, dunque, la coincidenza tra legittimità e legalità.

Così intendendo, il conflitto di attribuzioni potrebbe risultare lo strumento per sanzionare le posizioni apertamente contrarie alla Carta costituzionale, garantendo, altresì, i fondamenti della forma di governo parlamentare e la giusta estrinsecazione dei rapporti del Governo con il Parlamento, che altrimenti apparirebbe irreparabilmente alla mercé della volontà di maggioranze governative, sempre alla ricerca del percorso più veloce per realizzare il proprio indirizzo politico, senza alcuna forma di garanzia per l'opposizione parlamentare.

#### 4. *Brevi conclusioni*

L'analisi della decisione n. 15 del gennaio scorso qui annotata, conclusasi con un ennesimo giudizio di inammissibilità, conferma, se ce ne fosse stato ancora bisogno, la situazione di evidente stallo in cui si è "impigliato" il concreto

<sup>34</sup> Corte cost., ordd. nn.277/2017, 163/2018, 181/2018, 219, 274 e 275 del 2019.

<sup>35</sup> A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo...virtuale o in astratto*, cit., 75.

riconoscimento della qualità di potere dello Stato al singolo parlamentare forse che gli consenta di sollevare conflitto di attribuzione.

Come è stato detto precedentemente, l'ordinanza 17 del 2019, mediante la quale si è riconosciuta la legittimazione al singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione e che avrebbe dovuto costituire un decisivo passo in avanti per l'affermazione del controllo del rispetto di principi e valori costituzionali, quest'ultimi troppo spesso "vessati" dalle scelte del Governo, ha in definitiva residuo nell'*obiter dictum* uno spazio alquanto esiguo ai parlamentari per potere agire a tutela delle proprie prerogative.

Non va trascurata, infatti, la circostanza che la Consulta conclude l'ordinanza 17 con l'ipotetica possibilità che il conflitto potesse essere ammesso "in situazioni diverse", impegnandosi in una promessa che per taluni autorevoli commentatori fin dall'inizio sarebbe stato difficile mantenere, data la sua "precisa" demarcazione per il profilo oggettivo e la sua negazione in concreto, a motivo della mancanza di "evidenza" della violazione delle competenze dei ricorrenti<sup>36</sup>.

La conseguenza di questo stato di cose è che di fronte ai successivi conflitti sollevati dai parlamentari in cui si lamentava la violazione in modo diretto ed esclusivo di norme della Costituzione che delimitavano le sfere di loro competenza<sup>37</sup>, la Corte ha preferito "fare quadrato", appellandosi alla condizione del carattere "evidente" o "manifesto" della violazione, già testata in altri contesti e con riguardo a casi diversi da quelli che hanno portato ai giudizi di inammissibilità in quanto viziati da carenza di residualità.

Tale strategia processuale, il cui sindacato è stato circoscritto ai soli casi di "evidente mancanza" dei presupposti fattuali, ha riguardato anche l'ordinanza n. 15 nella quale si è statuito appunto che la violazione di competenze del parlamentare da altro "potere dello Stato" meriti di essere protetta solo in presenza di "violazioni manifeste".

Nell'ordinanza in commento, al di là della stretta argomentazione giuridica e pur non sottovalutando la complessa situazione di emergenza sanitaria, quello che principalmente risalta è che la Consulta non ha saputo cogliere il profilo oggettivo di un contenzioso costituzionale di cui i parlamentari ricorrenti erano parte nella misura in cui sono state violate prerogative che gli spettano in quanto rappresentante della Nazione e quindi come tale in grado di esprimere in maniera definitiva la propria volontà.

Tutto ciò rende, tra l'altro, sempre più faticoso escogitare quali siano le condizioni oggettive più gravose di quelle appuratesi in tale occasione che possano portare la Corte a pronunciarsi diversamente.

Il rischio che la "storica" ordinanza 17 del 2019 possa essere *inutiliter data* appare sempre meno remoto.

Al Giudice delle leggi il compito di farci cambiare radicalmente opinione.

---

<sup>36</sup> A. RUGGERI, *ivi*, 71.

<sup>37</sup> *Ex multis*, 274 e 275 del 2019.

### Abstract

Con l'ordinanza n. 15 del 2022 ancora una volta la Corte costituzionale si è trincerata dietro lo scudo dell'inammissibilità in ordine alla facoltà del singolo parlamentare di sollevare conflitto di attribuzione. Tale decisione, pur nel suo disegno apparentemente lineare (risulta, infatti, fondata su di un facile sillogismo: che l'ammissibilità del conflitto tra poteri promosso dal singolo parlamentare è subordinata alla sussistenza di una manifesta lesione delle sue proprie prerogative costituzionali), presta, tuttavia, il fianco a qualche breve riflessione critica in ordine alla individuazione dei limiti della prerogativa, quest'ultima peraltro riconosciuta (ma solo ipoteticamente) in precedenza dalla pronuncia n. 17 del 2019, che ha stabilito «che i singoli parlamentari sono legittimati a sollevare conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale in caso di violazioni gravi e manifeste delle prerogative che la Costituzione attribuisce loro».

Another black smoke on the active legitimation  
of the individual parliamentarian to raise a conflict of attribution.  
(Notes on the sidelines of order no. 15 of 2022 of the Constitutional Court)

With the ordinance no. 15 of 2022 once again the Constitutional Court has entrenched itself behind the shield of inadmissibility regarding the right of the individual parliamentarian to raise a conflict of attribution. This decision, despite its apparently linear design (it is, in fact, founded on an easy syllogism: that the admissibility of the conflict between powers promoted by the individual parliamentarian is subordinated to the existence of a manifest infringement of his own constitutional prerogatives), provides, however, alongside some brief critical reflections regarding the identification of the limits of the prerogative, the latter recognized (but only hypothetically) previously by ruling no. 17 of 2019, which established “that individual parliamentarians are entitled to raise a conflict of powers before the Constitutional Court in the event of serious and manifest violations of the prerogatives that the Constitution attributes to them”.

# Effettività della tutela e termini per il ricorso giurisdizionale

di Federico Francesco Guzzi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Regole generali sui termini di impugnazione nel processo amministrativo. – 3. Termine di impugnazione degli atti di affidamento dei contratti pubblici. – 4. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2 luglio 2020, n. 12. – 5. Considerazioni sul principio di effettività della tutela giurisdizionale alla luce della decisione dell'Adunanza Plenaria sui termini di impugnazione negli appalti pubblici. – 6. Osservazioni conclusive.

## 1. Premessa

Un ordinamento giuridico è effettivo<sup>1</sup> nel momento in cui viene osservato dai consociati e di conseguenza quando si realizza uno stretto rapporto di causalità tra norma e atto esecutivo della stessa.

La nozione di effettività<sup>2</sup> – che è nozione polimorfa – tende al dover essere, determinando una tensione verso il compimento e la realizzazione delle prescrizioni normative; nell'ottica della tutela processuale non è sufficiente il mero riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive: è necessario che la stessa si concretizzi in termini reali, effettivi; che gli strumenti di tutela siano dunque adeguati allo scopo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> In merito al rapporto tra efficacia ed effettività si veda R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1975, 161, secondo cui: “per efficacia dell'ordinamento s'intende, o per lo meno è bene intendere, il fatto, empiricamente verificabile, che, nella generalità dei casi esso è stato ed è, sino al momento in cui lo si prende in considerazione, osservato e applicato. Per effettività dell'ordinamento si deve, o è bene invece intendere la capacità che esso ha di durare, di costituire e garantire un assetto relativamente stabile e duraturo di rapporti politici e sociali; per effettività deve cioè intendersi una qualità del sistema normativo, e non semplicemente un fatto empiricamente verificabile. Una qualità che, in quanto è desunta, oltre dal fatto efficacia, anche dal significato sociale del sistema normativo cui si riferisce”.

<sup>2</sup> In merito a siffatta nozione, in teoria generale, si veda A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1976; Id. *Diritto positivo ed effettività*, lectio magistralis Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2009; G. GAVAZZI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, lectio magistralis Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2009; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, cit; P. PIOVANI, *Voce effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.

<sup>3</sup> “Verrebbe meno ai propri compiti un ordinamento che si limitasse a riconoscere l'astratta titolarità di diritti e/o comunque la meritevolezza di determinate classi di interessi ma non si preoccupasse di garantire la tutela di tali diritti o la soddisfazione degli interessi. L'esigenza di tutela può considerarsi implicitamente riconosciuta nello stesso principio di effettività che caratterizza un determinato ordinamento. Un ordinamento dicesi effettivo non solo quando esso è formalmente in vigore e cioè posto (positus) in conformità delle regole che presiedono alla produzione del diritto (regole sulle fonti di produzione) ma quando trova concreta rispondenza nella realtà economico-sociale, e cioè nei fatti, come volgarmente si dice, nel senso che i comportamenti,

Il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo)<sup>4</sup> che non a caso (e in attuazione dell'art. 24 della Costituzione) all'art. 1 prevede che la giurisdizione amministrativa assicuri una tutela piena ed effettiva, si pone proprio in questa direzione, nel momento in cui ad esempio costruisce un quadro chiaro e sistematico delle azioni processuali (di annullamento, di condanna, cautelare, azione avverso il silenzio, azione di nullità) al quale può attingere il ricorrente al fine di far valere la propria situazione giuridica soggettiva<sup>5</sup>.

Naturalmente non è solo l'apparato delle azioni a risultare funzionale allo scopo; la stessa sistematizzazione (di cui agli artt. 7, 133 e 134 del Codice) circa i criteri di riparto di giurisdizione, si pone in questa stessa ottica; si fa infatti maggiore chiarezza in ordine alla esatta individuazione della giurisdizione competente (problema che, evidentemente, ridonda sulle esigenze di effettiva protezione del ricorrente<sup>6</sup>).

All'interno del quadro descritto, la previsione che le azioni a disposizione del ricorrente leso dall'attività amministrativa illegittima siano soggette ad un

---

singoli e collettivi, ad esso (almeno nella generalità) spontaneamente si adeguano o comunque sono operanti misure di tipo coercitivo che quell'adeguamento realizzano o introducono risultati "sostitutivi" di esso". Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 1

<sup>4</sup> Per i commenti al Codice si veda: R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo?* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro Amm.* - T.A.R.- 5/2010; A. PAJNO, *Il codice amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010, 885 e ss.; P. L. PORTALURI, *Le "macchine pigre" ed un Codice ben temperato, relazione al convegno: Il codice del processo amministrativo*, Lecce, 12 e 13 novembre 2010, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di A. CAVALLARI G. DE GIORGI GEZZI, G.L. PELLEGRINO, P.L. PORTALURI, E. STICCHI DAMIANI, A. VANTAGGIATO, Napoli, 2011, 67 e ss.

<sup>5</sup> La costruzione da parte del Codice del processo amministrativo di un idoneo apparato di garanzie strumentali, si connette proprio allo schema delle azioni le quali rappresentano un elemento decisivo ai fini dell'attuazione della tutela giurisdizionale; un meccanismo giurisdizionale è quanto più effettivo nel momento in cui consente il ricorso al catalogo più ampio possibile di strumenti e mezzi che consentono la soddisfazione delle pretese sostanziali che si attuano mediante le forme processuali. Sul punto, significativa la relazione governativa al Codice, laddove specifica appunto che: "dopo il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo (ad opera della Cassazione, Sez. Un., 22 luglio, n. 500 del 1999) e i successivi interventi normativi e della Corte costituzionale, è emerso con chiarezza il mutamento sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi. Sicché le norme, formalmente vigenti, ancora legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo impugnatorio, necessitavano di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa a un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela". Sui rapporti tra situazioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela, si veda F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni giuridiche soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2009, 978 e ss.

<sup>6</sup> In merito al riparto di giurisdizione alla luce del Codice del processo amministrativo, sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *Qualche riflessione in tema di giurisdizione del giudice amministrativo alla luce del nuovo Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

termine di decadenza<sup>7</sup> non si pone come ostacolo alla tutela stessa: esigenze di certezza del diritto e di cristallizzazione degli assetti distributivi composti dalla scelta amministrativa, lo impongono<sup>8</sup>. La tutela dei terzi è infatti elemento da tenere in debita considerazione; non a caso la stessa norma di cui all'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 – in tema di annullamento d'ufficio – consente l'annullamento in autotutela tenendo conto “*degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*”.

Potrebbe invece determinare problemi di effettività della protezione la questione attinente al *dies a quo* di decorrenza del termine in oggetto, nel momento in cui risulti giuridicamente incerta la sua precisa individuazione; non a caso la Corte di Giustizia ha a più riprese affermato che: “*gli Stati membri hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi*”<sup>9</sup>.

Nello scritto si vuole approfondire proprio quest'ultimo aspetto: le problematiche connesse al *dies a quo* del termine per impugnare il provvedimento amministrativo il quale, se incerto, potrebbe incidere negativamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>10</sup>.

Più nel dettaglio, all'interno di un settore importante, gli appalti pubblici, con riferimento all'impugnativa del provvedimento amministrativo di aggiudicazione della gara. In merito si è posta infatti la questione della ricevibilità del ricorso in relazione ai principi generali sul decorso del termine di decadenza per l'impugnazione e in merito alla rilevanza della loro effettiva conoscenza.

---

<sup>7</sup> In dottrina si veda: V. CAIANELLO, voce *Termini*, III) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXXV, Roma, 1997; D. DE PRETIS, F. CORTESE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. FALCON, Padova, 2010; L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, n. 4/ 2008; F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2017; M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2018; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Torino, 2019.

<sup>8</sup> Qualche dubbio (sebbene fugato dal giudice europeo, 14 febbraio 2019, C-54/18) era in realtà sorto alla luce, del poi abrogato (dalla legge n. 55/2019), rito super-accelerato in tema di appalti, il quale stabiliva l'onere di immediata impugnativa delle esclusioni e delle ammissioni alla procedura di gara. L'onere di immediata impugnativa di atti non necessariamente lesivi (precedenti all'aggiudicazione) non si poneva in linea con le esigenze di effettività della tutela nel momento in cui si imponeva al partecipante alla gara un onere processuale (dunque anche economico) di impugnativa immediata.

<sup>9</sup> Corte di Giustizia, 14 febbraio 2019, C-54/18, punto 29; 7 novembre 1996, C-221/94, punto 22; 10 maggio 1991, C-361/88 tutte consultabili sul sito *www.eur-lex.europa.eu*

<sup>10</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013.

## 2. Regole generali sui termini di impugnazione nel processo amministrativo

L'art. 41, comma 2, del Codice del processo amministrativo prevede, come regola generale, che il termine per impugnare un provvedimento amministrativo decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dello stesso (per gli atti di cui non è richiesta notificazione individuale lo stesso decorre dal giorno in cui sia scaduto il termine per la pubblicazione).

La previsione di un termine di decadenza<sup>11</sup>, come accennato, non si pone di per sé quale elemento ostativo all'attuazione del principio di effettività della tutela; può invece comprometterne la concreta attuazione laddove il termine stesso sia invece incerto o, comunque, laddove sorgano dubbi interpretativi circa l'esatta individuazione della sua decorrenza.

Se in merito alla notificazione e alla comunicazione del provvedimento, i problemi possono porsi sotto il profilo formale (circa ad esempio la correttezza/validità formale della notifica/comunicazione), ma anche sostanziale (sul contenuto della comunicazione), la nozione di "piena conoscenza" è quella che può determinare i dubbi e le maggiori incertezze interpretative.

L'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo prevede l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo; la motivazione è elemento essenziale dell'atto amministrativo<sup>12</sup>. È di tutta evidenza che questa norma (di garanzia primaria),

<sup>11</sup> Sul punto, la Corte Costituzionale, nella pronuncia del 26 maggio 2021 n. 148, in *www.corte-costituzionale.it*, ha ribadito che: "il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute, che viene superato qualora emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di agire in giudizio". Con particolare riferimento all'art. 24 Cost., questa Corte ha altresì specificato che esso non comporta che il cittadino debba conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, purché non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale (tra le tante, sentenze n. 271 del 2019, n. 199 del 2017, n. 121 e n. 44 del 2016)". Con riferimento al termine di decadenza (centoventi giorni) previsto per la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi, la Corte Costituzionale – sentenza del 22 febbraio 2017 n. 94 – ne ha dichiarato la legittimità, specificando che: "la previsione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria non può ritenersi il frutto di una scelta viziosa da manifesta irragionevolezza, ma costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, sesto comma, del codice civile). La non manifesta irragionevolezza della scelta legislativa appare ancora più chiara laddove si rifletta che il bilanciamento operato risponde anche all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporre, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa [...]. La necessità che davanti al giudice amministrativo sia assicurata al cittadino la piena tutela, anche risarcitoria, avverso l'illegittimo esercizio della funzione pubblica (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004) non fa scaturire, come inevitabile corollario, che detta tutela debba essere del tutto analoga all'azione risarcitoria del danno da lesione di diritti soggettivi. È evidente, infatti, che le due situazioni giuridiche soggettive poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela".

<sup>12</sup> I contributi sul tema sono numerosi, senza pretesa di completezza, possiamo citare: G. BER-

se rispettata dall'amministrazione – oltre a attuare il principio di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa – viene in un certo senso a riequilibrare la posizione di soggezione del privato il quale, soprattutto in caso di atti restrittivi della propria sfera giuridica, è destinatario di un provvedimento di carattere unilaterale<sup>13</sup> che attraverso la motivazione – la quale rende edotto il destinatario dell'*iter* logico-giuridico posto in essere dall'amministrazione – potrebbe essere oggetto di contestazione sulla base della deduzione di eventuali profili di illegittimità (appunto dedotti dalla motivazione) quali ad esempio la contraddittorietà, la illogicità, l'ingiustizia manifesta etc.

A questo punto si pone sul tappeto un primo problema: la conoscenza mera dell'atto, senza cognizione della motivazione dello stesso (corredata dalla conoscenza dei documenti che la sostanziano), è idonea a far scattare i termini di decadenza del ricorso?

Sul punto la giurisprudenza risponde in modo affermativo; la piena conoscenza non viene infatti intesa quale *conoscenza completa e integrale* del provvedimento che si intende impugnare e delle sue motivazioni; per individuare *il dies a quo* di decorrenza – secondo questa interpretazione – è necessaria e sufficiente “la percezione” dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la sua immediata e concreta lesività nella sfera giuridica dell'interessato; ciò al fine di garantire l'esigenza di certezza giuridica connessa alla previsione di un termine decadenziale per l'impugnativa degli atti amministrativi<sup>14</sup>.

---

GONZINI, *Difetto di motivazione nel provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge 241 del 1990)* in *Dir. amm.*, 2000; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento, Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017; A. CASSATELLA, *Il dovere di amministrazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, Vol. V, agg., 2001; M. DE DONNO, *Riflessioni sulla motivazione in diritto del provvedimento amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2013; M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012; B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2007; A. R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2017.

<sup>13</sup> In realtà i meccanismi di partecipazione procedimentale sono stati introdotti appunto al fine di riequilibrare il rapporto tra l'amministrazione e il destinatario dei provvedimenti amministrativi; non a caso sono nate le tesi della cd responsabilità da contatto nelle ipotesi di violazioni procedimentale causa di danno per il privato. Per un'ampia disamina della tesi sulla cd responsabilità da contatto procedimentale v. G. D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003. Per l'adesione a siffatta teorica, esemplificativa è la pronuncia della Corte di Cassazione, 10 gennaio 2003, n. 157. In senso critico L. DE LUCIA, in *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 94, il quale ha messo in evidenza che: “la tesi del rapporto obbligatorio suscita perplessità, in quanto finisce per negare l'unità giuridica e disciplinare del procedimento amministrativo.” In merito al rapporto tra procedimento e processo si veda: P. LOMBARDI, *Le parti nel procedimento. Tra procedimento e processo*, Torino, 2018.

<sup>14</sup> Sul punto, si veda Consiglio di Stato, IV, 2 settembre 2011, n. 4973; Consiglio di Stato, IV, 28 maggio 2012, n. 3159; Consiglio di Stato, IV, 6 ottobre 2015, n. 4264; Consiglio di Stato, III, 28 dicembre 2016, n. 5511; Consiglio di Stato, IV, 13 aprile 2016, n. 1459; Consiglio di Stato, IV, 8 settembre 2016, n. 3852; Consiglio di Stato, V, 31 agosto 2017, n. 4129; Consiglio di Stato, V, 12 dicembre

Questa interpretazione si fonda sulla distinzione tra condizione dell'azione (connessa alla consapevolezza dell'esistenza del provvedimento e della sua lesività, elemento che integrerebbe la nozione di "piena conoscenza"), e contenuto del ricorso (relativo invece alla "completa e integrale conoscenza" del provvedimento) che influisce invece sui motivi del ricorso stesso e dunque sulla *causa petendi*.

In sostanza, la conoscenza della lesività dell'atto, fa scattare la possibilità di proporre l'azione processuale; azione che, nei suoi contenuti, verrà poi modulata sulla base della conoscenza di tutti gli elementi dell'atto. Se così non fosse, non avrebbe funzione alcuna (o comunque avrebbe portata limitata e residuale) la possibilità di ricorrere allo strumento dei motivi aggiunti (art. 43 del Codice del processo amministrativo); mezzo che consente al ricorrente – appunto nell'ipotesi in cui lo stesso acquisisca la "completa conoscenza" dell'atto connessa ad ulteriori documenti (già esistenti ma non conosciuti al momento del ricorso) – di proporre ulteriori motivi di ricorso, ovviamente entro il (nuovo) termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dalla conoscenza sopravvenuta<sup>15</sup>.

Lo schema è il seguente: conoscenza del provvedimento lesivo – proposizione del ricorso – completa/integrale conoscenza – proposizione dei motivi aggiunti; schema che, come detto, sembra orientare la giurisprudenza<sup>16</sup>, sebbene sia stato messo in evidenza che la citata tesi interpretativa non dovrebbe determinare un'attivazione processuale di stampo meramente formale (risultando

---

2018, n. 7026; Consiglio di Stato, III, 23 dicembre 2019, n. 8701; Consiglio di Stato, IV, 2 marzo 2020, n. 1496, tutte le pronunce sono consultabili sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In senso contrario: Consiglio di Stato, V, 16 settembre 2011, n. 5191, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui la piena conoscenza del provvedimento amministrativo presuppone invece proprio la conoscenza del contenuto essenziale dell'atto, non potendo il termine per l'impugnazione decorrere dalla semplice conoscenza del suo contenuto dispositivo sfavorevole, occorrendo anche la consapevolezza dei vizi da cui eventualmente l'atto è affetto, raggiunta mediante la valutazione della motivazione. In senso parzialmente diverso si veda Consiglio di Stato, VI, 8 febbraio 2007, n. 522, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui: se è vero che ai fini dell'impugnativa la conoscenza dell'autorità emanante, dell'oggetto, del contenuto dispositivo e del suo effetto lesivo, sono sufficienti a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, detti elementi devono essere tuttavia idonei a poter valutare se l'atto è illegittimo o meno; in mancanza, il destinatario avrebbe una mera facoltà, non quindi un onere, di impugnare subito l'atto per poi proporre i motivi aggiunti, ben potendo attendere di conoscere la motivazione dell'atto al fine di valutare se impugnarlo o meno.

<sup>15</sup> *“La previsione dell'istituto dei motivi aggiunti cosiddetti propri – con cui il ricorrente può proporre ulteriori motivi di ricorso derivanti dalla conoscenza di ulteriori atti (già esistenti al momento dell'introduzione del giudizio, ma ignoti) o dalla conoscenza integrale di atti prima non pienamente conosciuti, entro il (nuovo) termine decadenziale di sessanta giorni decorrente da tale conoscenza sopravvenuta – corrobora la fondatezza dell'interpretazione resa in ordine al significato della “piena conoscenza” (cfr. Consiglio di Stato, sezione II, sentenza, 26 giugno 2019, n. 4390). Se questa, infatti, dovesse essere intesa come conoscenza integrale, il tradizionale rimedio dei motivi aggiunti non avrebbe in sostanza ragion d'essere o dovrebbe essere considerato residuale”*. Cfr. Consiglio di Stato, II, 22 maggio 2020, n. 3233, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>16</sup> Si veda il già citato Consiglio di Stato, II, n. 3233/2020, nonché Consiglio di Stato, IV, 9 aprile 2020, n. 2328 e quelle citate in nota 7 e 8, tutte consultabili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

dunque priva dei contenuti minimi e/o funzionali all'accoglimento del ricorso); se la comunicazione del provvedimento finale determina la possibilità di dedurre motivi di ricorso, la conoscenza di ulteriori documenti non legittima la proposizione di un ricorso autonoma bensì la proposizione di motivi aggiunti tesi ad ampliare lo spettro della contestazione; laddove però non fosse possibile una piena e completa deduzione immediata, la parte si vedrebbe costretta, nella sostanza, ad un ricorso "al buio", prassi che: *"pur se largamente ammessa in passato, non appare più ammissibile alla luce dei principi nazionali e comunitari. La parte, infatti, non può essere costretta ad impugnare un provvedimento con un ricorso che fin dall'inizio sa essere infondato, solo al fine di non decadere dalla possibilità di impugnare con motivi aggiunti lo stesso provvedimento, quando gli eventuali vizi saranno effettivamente conosciuti."*<sup>17</sup>.

Quest'ultimo rilievo accende una spia sul tema, dando rilevanza all'aspetto sostanziale e contenutistico dell'azione processuale. Se è vero che la giurisprudenza ritiene necessaria (e sufficiente) la conoscenza della lesività del provvedimento ai fini dell'impugnativa, è anche vero che l'atto da impugnare deve possedere quei contenuti minimi ed essenziali tesi ad evitare che il ricorso assuma carattere meramente formale e assurga quindi a strumento finalizzato esclusivamente a non far spirare il termine di decadenza; ad evitare di impattare, in definitiva, in una dichiarazione di irricevibilità del ricorso stesso.

### 3. Termine di impugnazione degli atti di affidamento dei contratti pubblici

Alle considerazioni di stampo generale fin qui fatte, se ne innestano delle ulteriori, connesse alla disciplina settoriale degli appalti.

Come noto, la rilevanza economica delle procedure di gara<sup>18</sup>, rende il settore quasi una materia a sé; materia in cui si sono sempre verificate (in ragione dei rilevanti interessi economici sottesi) le maggiori novità e i più significativi passi in avanti (rispetto all'assetto dato) connessi all'avvertita esigenza di dare valenza effettiva alla tutela degli operatori economici.

È il caso dell'annosa questione della risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi che venne riconosciuta in materia (dir. n. 92/50/CEE) ben prima della sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500<sup>19</sup>, a cui

<sup>17</sup> Cfr. TAR Lazio, ordinanza 8 settembre 2020, n. 9380, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>18</sup> In merito si veda M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid – Rassegna*, n. 19/2015; m. d'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; S. SIMONE, L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo Stato compratore*, a cura di L. FIORENTINO, Bologna, 2007; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2013.

<sup>19</sup> Per i commenti alla sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, v. A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, I, 3201 e ss. ed ivi, F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli*

seguirono la legge 21 luglio 2000, n. 205<sup>20</sup> e il Codice del processo amministrativo: decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104; queste ultime due normative hanno ratificato e cristallizzato (generalizzandola) la tutela risarcitoria degli interessi pretensivi non più, quindi, limitata alla materia degli appalti.

Stesso discorso può farsi in merito alla individuazione del profilo soggettivo della colpa<sup>21</sup> in caso di responsabilità civile della p.a. per provvedimento amministrato illegittimo<sup>22</sup>.

---

*giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; F. SATTÀ, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2000, 3217; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 843; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'era della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3205; F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4045 e ss. ed ivi, G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione*; G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1108; E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Giur. it.*, 2000, 21; V. CALANELLO, *Postilla in tema di riparto fra giurisdizioni*, B. DALFINO, *La fine del dogma della risarcibilità dei danni per lesioni di interessi legittimi entrambe entrambi* in *Foro amm.*, 1999, 1990 e ss. A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 488; M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. e app.*, 1999, 1067. L. IANNOTTA, *La sentenza n. 500 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 512; M. SANINO, P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 497.

<sup>20</sup> La quale, nel riformulare gli artt. 33, 34 e 35 del richiamato D.lgs. 80/98, ha risistemizzato la materia dando al giudice amministrativo – nell'ottica dell'effettività appunto – la possibilità di conoscere di tutte le questioni concernenti il risarcimento del danno (anche in forma specifica) nell'ambito della giurisdizione di legittimità (le disposizioni in materia di risarcimento del danno trovano oggi disciplina negli articoli 7, comma 4, e 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo);

<sup>21</sup> Sul profilo soggettivo della colpa si vedano, tra i numerosi contributi: R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001; M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006; S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008; F. FRACCHIA, *Colpa dell'amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato vittima: riflessioni in tema di "selettori" e di incentivi* elaborati dalla giurisprudenza, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005; F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della P.A. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/ 2012; S. TARULLO, *Colpa dell'amministrazione e diligenza professionale*, in *www.giustamm.it*; F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 1/2008.

<sup>22</sup> In tema di responsabilità civile della p.a. per attività amministrativa illegittima, la bibliografia è vastissima, senza pretese di completezza, possiamo citare in questa sede: E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III; R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003; G. D. COMPORTEI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III; M. PROTTO, *La natura della responsabilità*, in *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, (opera diretta da) F. CARINGELLA e M. PROTTO, Bolo-

Nell'ipotesi in cui l'atto illegittimo sia stato emanato da una stazione appaltante, l'illegittimità in sé dell'atto è idonea a individuare la colpa che dunque si oggettivizza nell'atto illegittimo; è come se la responsabilità in materia di appalti assurgesse a microcosmo autonomo. Si veda la nota Corte di Giustizia, 30 settembre 2010, C-314/09<sup>23</sup>, la quale ha messo in evidenza che ai fini di una garanzia effettiva del ricorrente illegittimamente estromesso dalla gara, il rimedio risarcitorio è adeguato nel momento in cui la possibilità di ottenerlo non sia subordinato alla prova dell'esistenza di un comportamento colpevole dell'amministrazione appaltante.

---

gna, 2004; G. M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; F. SATTA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988; F. G. SOCCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit.; M. TRIMARCHI, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020 n. 1136)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), febbraio 2021.

<sup>23</sup> Sul recepimento dell'orientamento comunitario da parte del giudice nazionale, v. Consiglio di Stato, V, 28 dicembre 2011, n. 6951; Consiglio di Stato, V, 31 dicembre 2014, n. 6450; Consiglio di Stato, V, 25 febbraio 2016, n. 772 tutte consultabili sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Campania, Napoli, 9 settembre 2011, n. 4371, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui, appunto: "la richiamata giurisprudenza comunitaria sembra produrre nel nostro ordinamento l'effetto, sia pure circoscritto al settore degli appalti pubblici, di svincolare la responsabilità dell'amministrazione dall'accertamento della colpa, quand'anche ricavata presuntivamente dalla illegittimità degli atti posti in essere dalla P.A.". Sul punto, si veda altresì, Consiglio di Stato, V, 8 novembre 2012, n. 5686, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui: "L'ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza; ciò de-termina ipso facto la creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano humus negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti. In questo processo di astrazione è inevitabile che i principi di diritto interno vengano sostituiti da principi caratterizzati da più larga acquisizione, poiché il ravvicinamento e l'armonizzazione normativa premia il principio maggiormente condiviso, come è quello della responsabilità piena della P.A. senza aree di franchigia. [...]. Anche in applicazione del metodo della natura delle cose, proposto da autorevole dottrina come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti, è la normativa sulla responsabilità che deve modellarsi sulla natura della cosa, nel caso sull'esistenza del danno, non è la normativa che può individuare i presupposti per la risarcibilità del danno, poiché è il danno, come fattore oggettivamente esistente, infatti, che deve legittimare il risarcimento; ciò porta a ritenere che ogni danno che sia conseguenza immediata e diretta della violazione di norme in tema di appalti pubblici possa, per ciò solo, definirsi ingiusto e, come tale, meritevole di adeguato ristoro". Il Consiglio di Stato, IV, 31 gennaio 2012, n. 483, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha poi specificato e confermato che: "la decisione della Corte di Giustizia europea, del 30 settembre 2010, in causa C-314/09, che ha configurato la responsabilità da parte dello stato membro per violazione del diritto comunitario, quale oggettiva, deve restare circoscritta al settore degli appalti pubblici. Ciò si desume non solo dal richiamo alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisprudenziali in materia di procedure di aggiudicazione (la citata direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), ma anche dall'evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza. Laddove si versi in settori diversi da quello degli appalti pubblici devono tornare a trovare applicazione i comuni principi enunciati dalla stessa Corte europea in tema di responsabilità degli Stati da violazione del diritto comunitario, con riguardo all'elemento soggettivo dell'illecito". Si veda successivamente: Consiglio di Stato, V, 19 luglio 2018, n. 4381; Consiglio di Stato, IV, 15 aprile 2019, n. 2429; e più di recente, Consiglio di Stato, V, 30 novembre 2021, n. 7960; tutte le pronunce richiamate sono consultabili sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

In sostanza, in questa materia, si è dato luogo ad una sorta di divaricazione della tutela (o meglio, di un diverso meccanismo di accertamento della responsabilità), posto che nelle ipotesi delle procedure di gara, il profilo soggettivo non rileva; nelle altre fattispecie continua ad assurgere invece a parametro di riferimento (sebbene anche in questi ultimi casi, soprattutto nelle ipotesi di macro-violazioni, vige il principio di presunzione della colpevolezza, la quale viene in un certo qual modo ad *oggettivizzarsi* nella grave illegittimità provvedimentoale).

Sembra dunque che in materia di appalti pubblici l'esigenza di effettività sia più avvertita, o comunque si caratterizzi per una maggiore incidenza e pregnanza, se è vero che il meccanismo risarcitorio si sgancia dall'indagine di tipo eminentemente soggettivo; in sostanza, si applica il principio del 'chi sbaglia paga', senza attenuazioni di sorta (si veda ad esempio, in altri settori, la possibilità invece di dimostrare l'errore scusabile<sup>24</sup> che ha determinato l'illegittimità dell'atto).

Siffatto schema – che determina una differenziazione di dubbia giustificazione normativa, sotto il profilo delle garanzie – si innesta nel solco di quella citata dicotomia già verificatasi in tema di risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi, che prevedeva appunto la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo pretensivo leso nell'ambito di una procedura di gara.

Anche con riferimento al termine dell'impugnativa del provvedimento amministrativo, il settore degli appalti si è posto come microcosmo a sé. Alla regola generale di cui al citato art. 41, comma 2, del Codice del processo amministrativo, si aggiunge infatti una regola specifica che trova disciplina nell'art. 120, comma 5, dello stesso Codice, il quale prevede appunto che il termine di impugnazione è di trenta giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (vecchio Codice dei contratti pubblici); per i bandi autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'art. 66 sempre del D.lgs. n. 163/2006; in ogni altro caso dalla conoscenza dell'atto<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> In giurisprudenza, tra le più recenti applicazioni di questo istituto, si vedano: Consiglio di Stato, III, 4 marzo 2019 n. 1500; Consiglio di Stato, III, 11 settembre 2019 n. 6138; Consiglio di Stato, IV, 18 ottobre 2019 n. 7082; Consiglio di Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 601; Consiglio di Stato, VI, 5 marzo 2021 n. 1869; Consiglio di Stato, IV, 20 agosto 2021 n. 5963; pronunce tutte consultabili sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>25</sup> L'art. 120 del Codice del processo amministrativo, secondo la prevalente giurisprudenza, è stato interpretato nel senso che il previsto termine di trenta giorni per l'impugnativa non decorre sempre e comunque dal momento della comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, del Codice dei contratti pubblici bensì dal giorno in cui l'interessato ha avuto piena ed effettiva conoscenza; conseguentemente, la successiva comunicazione ufficiale del provvedimento diviene irrilevante ai fini della decorrenza del termine posto che la disposizione in oggetto va coordinata con le regole generali in materia di termini per proporre ricorso e, in particolare, alla conoscenza di cui all'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo. Sul punto v. Consiglio di Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1250; Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2016, n. 408; Consiglio di Stato, VI, 1 aprile 2016, n.

Le regole stabilite dall'art. 120, hanno determinato dubbi interpretativi in virtù sia del richiamo a norme abrogate (come noto è entrato in vigore il nuovo Codice dei contratti pubblici: Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50<sup>26</sup>) sia per la natura delle comunicazioni in oggetto.

Ci si è chiesti appunto (vedi ordinanza del Consiglio di Stato, V, 2 Aprile 2020, n. 2215) se il suddetto termine di impugnazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara (tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara e quindi tutte le operazioni e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione, in tema di trasparenza, di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016); se le informazioni, d'ufficio o a richiesta, previste dall'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, consentono la sola proposizione dei motivi aggiunti; se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara sia idonea a far slittare il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero, in casi specifici, dalla comunicazione di cui all'art. 76, per lo meno nelle ipotesi in cui le ragioni di doglianza siano diretta conseguenza dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; se la previsione del citato art. 120, comma 5, che fa decorrere il termine dalla comunicazione individuale (ex art. 79 del d.lgs. n. 50/2016) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che le suddette modalità, quella principale (la comunicazione individuale) e quella secondaria (la conoscenza *aliunde*), siano equipollenti ai fini della decorrenza del termine; se la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza *aliunde*; se le forme di comunicazione e pubblicità previste (e accettate dai partecipanti alla procedura di gara) dal bando siano idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Come si può notare sono tutti interrogativi che si connettono alla “specialità” della materia e alle previsioni codicistiche di settore che sembrano determinare una disciplina in parte differenziata rispetto a quella più generale<sup>27</sup>.

---

1298; Consiglio di Stato, V, 1 agosto 2016, n. 3451, tutte pronunce consultabili su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda altresì Corte di Giustizia, 8 maggio 2014, C-161/13 in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), secondo cui, nell'ipotesi in cui emergano vizi riferibili ad atti diversi da quelli comunicati dalla stazione appaltante, il termine decorre dal giorno in cui l'interessato abbia avuto piena ed effettiva conoscenza, proprio in esito all'accesso, degli atti e delle vicende fino ad allora rimasti non noti. Si veda infine il recente intervento della Corte Costituzionale, 3 novembre 2021, n. 204, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

<sup>26</sup> In merito si veda L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2016; Id., *Una nuova delega sui contratti pubblici e i problemi di sempre*, in *Astrid - Rassegna*, n. 8/2022.

<sup>27</sup> Come noto prima della l. n. 55/2019 che ha abrogato il rito super-accelerato, si era determinata una ulteriore differenziazione la quale aveva previsto l'onere di immediata impugnazione, a prescindere dall'esito della procedura di gara, delle ammissioni ed esclusioni relative alla procedura di gara.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza ad esempio, aveva ritenuto che laddove l'amministrazione aggiudicatrice avesse inviato una "comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione" (con l'esposizione delle ragioni che avevano determinato la scelta dell'offerta dell'aggiudicatario) il ricorso era proponibile nel termine di trenta giorni; termine decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 (richiamato dall'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo e recante il titolo *'Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni'*). Qualora siffatta comunicazione fosse mancata (con comunicazione della sola avvenuta aggiudicazione ed il nominativo dell'aggiudicatario), aveva affermato che era invece necessario tenere conto dell'esigenza per l'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, più in generale, degli atti della procedura di gara al fine per poter esaminare in modo pieno ed esaustivo il loro contenuto e verificare la sussistenza di eventuali vizi.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice, sono stati necessari degli 'aggiustamenti' in virtù sia del richiamo che l'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo ancora fa all'abrogato art. 79 del vecchio Codice dei contratti pubblici, sia in ragione del fatto che gli articoli 29 e 76 della nuova normativa – disposizioni in materia di accesso, di informazioni e di pubblicazione degli atti – contengono una disciplina diversa rispetto a quella del precedente (e abrogato) art. 79 del vecchio Codice dei contratti pubblici.

Una parte della giurisprudenza<sup>28</sup>, in merito al rinvio alla disciplina abrogata, ha affermato che il richiamo in oggetto dovrebbe intendersi come rivolto, non più alla disciplina abrogata (di cui all'art. 79 D.lgs. 163/2006), bensì all'art. 76 del nuovo Codice che stabilisce una serie di oneri; in particolare al comma 5, è prevista la comunicazione d'ufficio ed entro un termine massimo di cinque giorni (alla platea di soggetti interessati): dell'aggiudicazione, delle eventuali esclusioni, della decisione di non aggiudicare l'appalto, la data di avvenuta stipula del contratto. Siffatta interpretazione poggia sul logico ragionamento secondo cui, se la disposizione del processo amministrativo – ai fini della decorrenza del termine – richiama gli oneri informativi, il richiamo agli stessi trova luogo indipendentemente dalle modalità, dal contenuto e dalla rispettiva collocazione sistematica e legislativa<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Consiglio di Stato, V, 27 novembre 2018, n. 6725; Consiglio di Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3879, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>29</sup> Sul punto, da ultimo, si veda la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2021, secondo cui: *"l'abrogazione dell'art. 79 del "primo" cod. contratti pubblici, e la perdurante vigenza dell'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. censurato, infatti, pone un dubbio ermeneutico concernente la natura formale o materiale di rinvio disposta dalla disposizione censurata, e, nel caso in cui l'interprete si orienti per il carattere formale, un ulteriore profilo concernente l'individuazione ove possibile della norma eventualmente divenuta applicabile in luogo di quella abrogata, e delle forme e dei limiti entro i quali il rinvio può continuare ad operare. Si tratta, vale a dire, di tappe di un percorso integralmente riconducibile alla sfera propria dell'interpretazione, ovvero di un'attività*

Secondo altra, e diversa interpretazione<sup>30</sup>, l'abrogazione del citato art. 79 implica che il rinvio fatto dall'art. 120, comma 5, del Codice del processo non abbia più valore. Di conseguenza, il termine (di trenta giorni) per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione decorre in ogni caso dalla ricezione della comunicazione della aggiudicazione ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito *aliunde*. Non avrebbe dunque più rilievo la distinzione tra i vizi desumibili dall'atto comunicato (per il quale il *dies a quo* decorrerebbe dalla comunicazione dell'aggiudicazione), e gli altri vizi percepibili *aliunde* (per i quali il *dies a quo* decorrerebbe dal momento dell'effettiva conoscenza); la conoscenza dei vizi dell'aggiudicazione, successiva alla sua comunicazione, consente la proponibilità dei soli motivi aggiunti.

Il quadro si presenta dunque in termini complessi e non sembra pienamente in linea con le citate esigenze di chiarezza sulla decorrenza dei termini per impugnare gli atti amministrativi; esigenze che si collegano alla necessità di soddisfare il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

La disciplina generale (dietro alla quale si annida sempre il problema della nozione di "piena conoscenza") deve fare i conti con quella di settore che sembra in un certo qual modo (seppur nel rispetto del quadro e dei principi generali) differenziarsi, lasciando aperte alcune questioni interpretative circa i rapporti tra esigenze di certezza dei rapporti giuridici e ragioni di tutela processuale.

Sul punto è quindi intervenuta l'Adunanza Plenaria, sentenza 2 luglio 2020, n. 12<sup>31</sup> la quale ha proceduto (cercando di fare chiarezza) ad una ricostruzione sistematica della questione, segnalando altresì al Governo la necessità di un intervento legislativo, nel momento in cui ha appunto messo in evidenza che: *"le questioni sulla tempestività del ricorso di primo grado non riguardano la singola controversia in esame, ma attengono alla ricostruzione del quadro normativo dell'ordinamento nazionale"*, ritenendo di conseguenza di trasmettere copia della sentenza alla Presidenza del Consiglio dei Ministri: *"affinché sia disposta una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un 'sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile', disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea."*

---

*tipica del giudice. Rispetto ad esso la lettera della legge, per la parte in cui dispone un rinvio ad una disposizione successivamente abrogata, non è un ostacolo, ma al contrario il punto di partenza che onera l'interprete del compito di assegnare alla norma il significato che essa acquisisce, a seguito dell'abrogazione della disposizione oggetto di rinvio".*

<sup>30</sup> Consiglio di Stato, IV, 23 febbraio 2015, n. 856; Consiglio di Stato, V, 20 gennaio 2015, n. 143; Consiglio di Stato, V, 28 ottobre 2019, n. 7384, tutte consultabili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>31</sup> In merito si veda M. A. SANDULLI, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in [www.giustizjainsieme.it](http://www.giustizjainsieme.it). In senso conforme, Consiglio di Stato, V, 19 gennaio 2021, n. 575 e Consiglio di Stato, V, 16 aprile 2021, n. 3127, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

#### 4. *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2 luglio 2020, n. 12*

Alla luce delle questioni poste sul tappeto, la citata Adunanza Plenaria è intervenuta procedendo, come detto, ad una ricostruzione sistematica del tema<sup>32</sup>.

In merito all'ambito applicativo dell'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ha innanzitutto affermato che lo stesso non risulta affatto modificato e che, di conseguenza, rimane l'aggancio alla “*data oggettivamente riscontrabile*” riconducibile agli oneri formali cui è tenuta *ex lege* l'Amministrazione aggiudicatrice e, specularmente, al rispetto della regola della diligenza cui è tenuto l'operatore economico interessato. In linea con l'orientamento giurisprudenziale richiamato nel paragrafo precedente, il riferimento alla formalità di cui all'art. 79 del D.lgs. n. 163/2006, deve ora intendersi effettuato secondo le formalità previste dall'art. 76 del D.lgs. n. 50/2016.

L'ulteriore questione che però si pone, riguarda la circostanza che l'art. 76 – a differenza del vecchio art. 79 – non contiene specifiche regole sull'accesso informale che devono ora fare riferimento a quelle previste dall'art. 5 del regolamento di cui al d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184.

L'Amministrazione aggiudicatrice deve di conseguenza consentire all'impresa interessata di accedere agli atti; laddove si rinvenivano condotte dilatorie dell'amministrazione (che potrebbero comportare suoi vantaggi con conseguenti asimmetrie processuali), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato abbia conosciuto gli atti richiesti<sup>33</sup>, termine che, come ha specificato la giurisprudenza successiva, e più recente, è dilatato a 45 giorni: “*una volta avuta conoscenza del provvedimento d'aggiudicazione in una delle diverse modalità possibili, il concorrente è tenuto nel termine di 45 giorni a presentare istanza d'accesso ai documenti e a proporre ricorso avverso l'impugnazione, salvo l'ipotesi eccezionale di comportamento ostruzionistico tenuto dall'amministrazione*”.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Principi richiamati successivamente dal TAR Calabria, Catanzaro, 22 febbraio 2021, n. 359, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>33</sup> “*Ritiene inoltre l'Adunanza Plenaria che, per la individuazione della decorrenza del termine per l'impugnazione, rileva anche l'art. 29, comma 1, ultima parte, del 'secondo codice', per il quale “i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”. L'impresa interessata – che intenda proporre un ricorso – ha l'onere di consultare il ‘profilo del committente’, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito)”. Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020, n. 12, punto 25.2 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)*

<sup>34</sup> Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 3127/2021, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale specifica che: “*la dilazione temporale della quale il concorrente può giovare per proporre ricorso, qualora abbia proposto istanza di accesso, è fissata in quindici giorni, in applicazione della regola posta dall'art. 76, comma 2 del codice dei contratti pubblici, e dipende dal tempo che la stazione impiega a consentire l'accesso solamente nel caso in cui l'amministrazione rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara, poiché, in tal caso, il termine per l'impugnazione comincia a decorrere solo da quando l'interessato abbia conosciuto gli atti. Ne segue che, una volta avuta conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, in una delle diverse modalità possibili – ed anche attraverso le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara (non solo*

Alla luce dell'adesione all'orientamento che prevede il richiamo dell'art. 120 del Codice del processo agli oneri formali di cui alle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, il termine per l'impugnazione rimane quindi pur sempre connesso alle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che faccia 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, D.lgs. n. 50/2016<sup>35</sup>: termine finale esigibile dall'impresa per avere completa cognizione degli atti<sup>36</sup>.

La decisione della Plenaria trova fondamento sia nel richiamo all'art. 2-*quater* della Direttiva n. 665 del 1989 sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

---

*per aver avuto comunicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, del codice) – il concorrente pregiudicato è tenuto nel termine di quarantacinque giorni a presentare istanza di accesso ai documenti e a proporre impugnazione, salvo l'ipotesi eccezionale di comportamento ostruzionistico tenuto dall'amministrazione. È chiaro, poi, che più tempestiva è l'istanza di accesso che il concorrente presenti una volta avuta conoscenza dell'aggiudicazione, maggiore sarà il tempo a sua disposizione per il ricorso giurisdizionale; quel che non può consentirsi è che il concorrente possa, rinviando nel tempo l'istanza di accesso agli atti di gara, posticipare a suo gradimento il termine ultimo per l'impugnazione dell'aggiudicazione".*

<sup>35</sup> "L'attenta lettura della sentenza n. 12/2020 (v. punti 19, 22 e 27) porta a comprendere che il Consiglio di Stato abbia ricavato il termine entro il quale l'impresa è tenuta proporre istanza di accesso, in quanto incidente sul termine di decadenza dell'art. 120 c.p.a., in quello di quindici giorni, analogicamente estendendo il termine previsto dall'art. 76, comma 2 nuovo c.c.p. per la p.a. per far accedere a quello ad quem per l'operatore per avanzare l'istanza di accesso per identità di ratio. Tale limite temporale, pur a fronte dell'abrogazione dell'art. 79 co. 5 *quater* d.lgs. n. 163/2006, hanno osservato diverse pronunce, risulta imprescindibile per evitare che il termine di impugnazione sia rimesso alle iniziative di ostensione (consapevoli o meno) dell'operatore economico con inaccettabili conseguenze di incertezza sulla stabilità degli atti della procedura di evidenza pubblica e di conseguenza sui tempi del contratto". Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, n. 359/2021, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>36</sup> "e, dunque, una cognizione tale da renderle possibile l'impugnazione non resterebbe che adottare quella ben più rigorosa giurisprudenza che, invece, di aggiungere tale termine esigibile per avanzare l'istanza di accesso a quello di impugnazione, detrae i giorni attesi dall'impresa per l'ostensione a quello di decadenza di cui all'art. 120 c.p.a. (v. Tar Venezia 964/2020 [successiva alla pronuncia della Plenaria]; Tar Palermo, 2404/2019 e Tar Lazio 13550/2020), interpretazione che, pur rispettosa dell'esigenza di certezza dei termini di impugnazione, il Collegio ritiene essere distonica rispetto al principio di effettività della tutela". Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, n. 359/2021, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Più nel dettaglio, la giurisprudenza richiamata, TAR Venezia, 20 ottobre 2020, n. 964, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), aveva osservato che: "se è ben vero che il termine per impugnare l'aggiudicazione non sempre decorre dal momento della sua comunicazione (potendo piuttosto essere riferito al diverso momento in cui è stata maturata la piena conoscenza degli atti di gara – Cons. Stato. A.P. n. 12 del 2020 – così da neutralizzare gli effetti dell'eventuale inosservanza, da parte dell'Amministrazione, del termine di quindici giorni stabilito all'art. 76, comma 2, D. Lgs. n. 50 del 2016 per provvedere sulle istanze di accesso), esso, tuttavia, non può essere contemporaneamente incrementato di un numero di giorni pari a quello impiegato dal soggetto, che si assuma leso dall'aggiudicazione, per attivarsi (tramite l'istanza di accesso) al fine di conseguire la piena conoscenza del contenuto degli atti e dei relativi profili di legittimità non oggettivamente desumibili dalla comunicazione stessa: infatti, le conseguenze decadenziali, derivanti dal decorso di tale segmento temporale (precedente l'inoltro della richiesta di accesso e connotato dall'assenza di ulteriori iniziative difensive), non possono che ricadere direttamente sull'interessato, sottoposto ad un onere di diligenza per il quale – tenuto conto del principio di autoreponsabilità e dell'interesse alla sollecita conclusione della procedura – la scelta di dilazionare il momento in cui richiedere l'accesso agli atti, non potrebbe dare luogo ad un prolungamento del termine stabilito per la proposizione del ricorso, cosa che, all'opposto, finirebbe per rendere inammissibilmente incerto il momento in cui gli atti di gara siano divenuti inoppugnabili, e dunque il momento in cui l'esito di questa possa ritenersi consolidato".

dell'Unione Europea. Il citato articolo 2-quater prevede appunto che il termine per la proposizione del ricorso cominci a decorrere: “*dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato [...]. La comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti*”. Da questo dato normativo si evince che la direttiva ha fissato appunto il principio di cui all'art. 120, comma 5, del Codice, “*e cioè che la decorrenza del termine di impugnazione dipenda dall'accertamento di una 'data oggettivamente riscontrabile' riconducibile al rispetto delle disposizioni sulle informazioni dettagliate, spettanti ai partecipanti alla gara*”<sup>37</sup>.

La stessa giurisprudenza europea in tema di ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento, ha affermato (C-54/18 e C-161/13) che i termini cominciano a decorrere solo quando “*il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione*”; mettendo altresì in evidenza (C-161/13) che la possibilità di ricorrere ai motivi aggiunti non è sempre alternativa idonea a soddisfare il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Naturalmente il termine di impugnazione – in applicazione del principio generale del processo amministrativo – deve tener conto delle ipotesi in cui l'impresa abbia potuto avere conoscenza degli atti alla luce di una condotta improntata alla ordinaria diligenza: si veda il caso della pubblicazione degli atti ‘sul profilo del committente’ che l'impresa deve conoscere secondo l'ordinaria diligenza nonché il rispetto dell'onere di istanza di accesso fatta nei termini previsti dalla legge.

In definitiva, alla luce del quadro prospettato dall'Adunanza Plenaria, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara (compresi i verbali di gara, le operazioni e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate).

Le informazioni previste (d'ufficio o a richiesta) dall'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, consentono però la proposizione non solo dei motivi aggiunti bensì anche di un ricorso principale, laddove implicino la conoscenza di ulteriori elementi tesi ad apprezzare vizi già individuati ovvero idonei ad accertarne altri. Questo è un passaggio essenziale che, nell'ottica del principio di effettività della tutela, fa breccia in un sistema (circa i termini dell'impugnativa), pressoché granitico; la conoscenza infatti, di elementi idonei a contestare sotto ulteriori angoli prospettici i vizi già contestati oppure ad individuarne dei nuovi, non determina la possibilità del ricorso alla (mera) proposizione di motivi aggiunti. La conoscenza dell'effetto *ulteriormente lesivo* o *maggiormente lesivo*, determina una tutela più pregnante per il ricorrente il quale gode appunto di un *termine dilatato* in ragione delle (nuove e ulteriori) informazioni<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 12/2020, punto 28, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>38</sup> In questo senso si veda Consiglio di Stato, III, 16 febbraio 2021, n. 1428, in

L'istanza di accesso agli atti di gara implica di conseguenza la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso sono conseguenza della conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

La pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50/2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione.

Infine sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.

Questa interpretazione sostanzialistica mette dunque in rilievo la necessità di un reale collegamento, di una più netta corrispondenza tra il ricorso e suoi contenuti determinando un'area di (virtuosa) sovrapposizione tra forma e contenuto del ricorso; all'interno di questo quadro, lo strumento processuale dei motivi aggiunti si pone in termini di completamento dell'azione processuale e non assume valore sostitutivo del ricorso originario esperito essenzialmente al fine di non far spirare il termine decadenziale (a onta della esigua conoscenza degli elementi lesivi della situazione giuridica soggettiva fatta valere).

Il principio espresso ha valore fortemente indicativo dell'attenzione alle reali esigenze di tutela del privato e dunque all'attuazione del principio di effettività.

##### 5. *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale alla luce della decisione dell'Adunanza Plenaria sui termini di impugnazione negli appalti pubblici*

Alla luce di quanto fin qui messo in evidenza, viene in definitiva concettualmente respinta l'idea che, al fine di non far spirare il termine di impugnazione, il ricorrente debba in ogni caso notificare un ricorso (formale e strumentale) in mancanza di tutti gli elementi idonei a supportarlo; in sostanza, si ritengono non ammissibili i cd ricorsi al buio, i quali possono essere appunto evitati sulla base dello strumento dell'accesso agli atti di gara<sup>39</sup>; mezzo che, a certe condizioni,

---

*zia-amministrativa.it*: "non è lecito pretendere che un operatore economico, per essere legittimato all'accesso all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba proporre un cd. ricorso al buio, come invece affermato dalla sentenza appellata, ancor più laddove, come nella presente fattispecie, l'intera offerta tecnica sia stata sottratta all'accesso pur in assenza di una specifica e puntuale motivazione circa la presenza di un segreto tecnico o commerciale esteso ad ogni suo aspetto.". TAR Campania, Napoli, 11 febbraio 2022, n. 951, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "giòva rammentare, in merito, che la giurisprudenza si è, ormai, attestata nel senso che il termine decorra dal momento in cui la documentazione su cui si basa il ricorso sia effettivamente messa a disposizione delle partecipanti alla gara. Rileva, quindi, la concreta possibilità di conoscenza degli atti senza che sia necessario proporre ricorsi "al buio" rispetto alla mera aggiudicazione prima di aver avuto piena contezza della documentazione di gara (v. C.d.S., *Ad. Plen. n. 12/2020*).".

<sup>39</sup> In merito si veda Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, n. 19, in

potrebbe determinare la dilatazione del termine di impugnazione: le informazioni previste (d'ufficio o a richiesta) dall'art. 76, del d.lgs. n. 50/2016, consentono la proposizione di un ricorso principale quando appunto determinino la conoscenza di ulteriori elementi tesi ad apprezzare vizi già individuati ovvero idonei ad accertarne altri.

Siamo in presenza di una tutela processuale rafforzata, in quanto il ricorso viene subordinato alla conoscenza integrale dei vizi dell'atto (nella fattispecie il provvedimento di aggiudicazione).

Condizione dell'azione e contenuto del ricorso vengono quindi a sovrapporsi perdendo la rispettiva autonomia. Naturalmente, siffatta sovrapposizione è tutt'altro che automatica; è bensì da coordinare con i principi generali (confermati dalla disciplina settoriale) i quali prevedono appunto la decorrenza del termine in caso di conoscenza degli atti medesimi qualora gli stessi siano conoscibili rispettando l'ordinaria diligenza. Questo elemento (la conoscibilità mediante l'ordinaria diligenza) viene a ridimensionare il potere del ricorrente il quale, se è vero che può *confidare* nella dilazione dei termini processuali al ricorrere delle condizioni specificate, deve comunque (al fine di non incorrere in decadenza) porre in essere una condotta attenta e diligente.

Il quadro così descritto sembra dunque bilanciato e teso ad evitare il più possibile asimmetrie processuali. Come detto nella parte introduttiva, è di tutta evidenza che la tutela è quanto più effettiva nel momento in cui l'ordinamento non solo riconosce come meritevoli di tutela le situazioni giuridiche soggettive, e non solo quando si apprestano meccanismi processuali (azioni) modulabili sulla base dell'interesse sotteso<sup>40</sup>. È necessario altresì che l'esperimento dell'azione

---

*www.federalismi.it*, secondo cui l'istituto dell'accesso documentale: “è costruito come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo”; in questo quadro: “la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica ‘finale’, nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica ‘finale’ controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa”.

<sup>40</sup> Sulla nuova sistemática delle azioni di cui al Codice del processo amministrativo, sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, cit., in part. 157 e ss. Si veda altresì, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*; R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2012; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011; L. TORCHIA, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo. Adeguamenti organizzativi e riforme strutturali (Atti del LV1 convegno di studi di*

non sia subordinata a meccanismi esclusivamente formali (il rispetto del mero termine dell'impugnativa dell'atto), a prescindere dalla verifica se l'ordinamento, e nello specifico il procedimento in cui è coinvolta la parte, assicuri che il ricorrente abbia (realmente) gli elementi per contestare la legittimità degli atti. Non ha senso infatti prevedere un'azione processuale nel momento in cui il ricorrente non viene messo nelle condizioni di 'riempirla' dei contenuti necessari a far valere il proprio interesse.

Nella materia degli appalti l'esigenza è più avvertita perché spesso l'illegittimità si connette ad informazioni specifiche e dettagliate (ad esempio sull'offerta e sul giudizio di anomalia) che devono essere necessariamente conosciute; non a caso la disciplina dei contratti pubblici (come detto, sempre più attenta alle esigenze di tutela) ha previsto un microcosmo il quale – al netto delle problematiche interpretative e delle distonie legislative e seppure entro la cornice dei principi generali – appresta un meccanismo (avallato dalla recente giurisprudenza), teso appunto a garantire non solo il profilo formale (connesso alla possibilità del ricorrere averso gli atti della procedura di gara) bensì anche il profilo sostanziale (evitando appunto i cd ricorsi al buio).

L'attenzione a questi aspetti denota come il principio di effettività della tutela abbia valore immanente al sistema e riesca di conseguenza a inserirsi nel meccanismo, ad esempio, del riparto di giurisdizione (l'ampliamento della giurisdizione esclusiva è conseguenza proprio delle esigenze di effettività); ancora, trova luogo nelle maglie di vari istituti: si veda il meccanismo delle azioni (alle quali specularmente corrispondono le rispettive pronunce giurisdizionali), la pregiudiziale amministrativa e, appunto, da ultimo, il tema della decorrenza dei termini del ricorso.

Un ordinamento che in omaggio all'art. 24 della Costituzione<sup>41</sup> tende a rendere effettiva la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, non può non tenere conto dei profili sostanziali; i meccanismi (connessi agli oneri informativi dell'amministrazione o all'agire della parte coinvolta nel procedimento) idonei a determinare la dilazione temporale dei termini, laddove risultino necessari alle esigenze della parte ricorrente, si pongono proprio su questa direttrice.

L'Adunanza Plenaria, ancora una volta<sup>42</sup> fa un passo in avanti nel percorso giuridico-interpretativo teso al rafforzamento della tutela delle situazioni giuridiche soggettive; si dà al principio di effettività un valore non meramente simbolico; è un principio che invece orienta e incide sull'interpretazione giurisprudenziale

---

*scienza dell'amministrazioni*, (Varenna-Villa Monastero, 23-25 settembre, 2010), Milano, 2011, ed ivi, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*.

<sup>41</sup> La disposizione in oggetto assurge a norma cardine sulla cui base è possibile riconoscere e garantire tutela giurisdizionale di qualsiasi posizione soggettiva; la possibilità di difendersi in giudizio è un diritto inviolabile (art. 24, comma 2, Cost.).

<sup>42</sup> Si veda – sempre in materia di procedure di gara – la questione della responsabilità pre-contrattuale della p.a.

delle norme, interpretazioni che spesso vengono a correggere talune asimmetrie connesse ad interventi legislativi a volte poco coordinati che rischiano di mettere a repentaglio le conquiste fatte in tema di tutela (procedimentale e processuale).

C'è da aggiungere che la successiva pronuncia del giudice delle leggi, ha avallato l'impianto nomofilattico posto in essere dall'Adunanza Plenaria.

Infatti, con la sentenza 28 ottobre 2021, n. 204, la Corte Costituzionale<sup>43</sup> si è pronunciata in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 5, del Codice processo amministrativo in riferimento all'art. 24 della Costituzione, nella parte in cui fa appunto decorrere il termine per proporre motivi aggiunti, nelle controversie di cui al comma 1, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 d.lgs. n.163/2006, ed ha affermato – in linea con quanto fin qui evidenziato – che risulterebbe in contrasto con il diritto di difesa un meccanismo che imponga alla parte lesa dal provvedimento di aggiudicazione di proporre un ricorso per motivi aggiunti prima che essa sia stata posta nelle condizioni di percepire il vizio; meccanismo che si porrebbe altresì in contrasto con il diritto europeo il quale esige appunto che il termine per proporre ricorso decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della illegittimità che intende rilevare, determinando di conseguenza un principio che attiene sia al ricorso principale sia alla proposizione di motivi aggiunti. Di conseguenza: *“sono compatibili con l'art. 24 Cost. – oltre che con il diritto dell'Unione europea, ove applicabile, quelle sole interpretazioni del quadro normativo per effetto delle quali la parte ricorrente disponga di un termine non inferiore a trenta giorni per agire in giudizio, e comunque per proporre motivi aggiunti, tenuto conto della data in cui essa ha preso conoscenza, o avrebbe potuto prendere conoscenza usando l'ordinaria diligenza, dei profili di illegittimità oggetto dell'impugnativa. Si tratta, infatti, del termine discrezionalmente scelto dal legislatore per la proposizione sia del ricorso principale, sia dei motivi aggiunti, per i quali ultimi non è stabilita normativamente alcuna dimidiazione di esso. L'interpretazione respinta dal rimettente, ma avallata da ultimo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, rientra nel novero appena descritto delle letture costituzionalmente orientate del censurato art. 120, comma 5, cod. proc. amm. Difatti, essa assicura, mediante il meccanismo della cosiddetta dilazione temporale per i casi di accesso tempestivamente soddisfatto dall'amministrazione, che il termine per proporre i motivi aggiunti, pur decorrendo, per l'ipotesi prevista dalla disposizione censurata, dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione, sia ugualmente pieno. Parimenti, per il caso in cui l'amministrazione, invece, neghi l'accesso o lo procrastini con condotte dilatorie, il termine, secondo tale lettura esegetica, decorre, quanto ai vizi non percepibili innanzi, dalla data di effettiva conoscenza degli atti di gara, sicché con ciò si assicura alla parte ricorrente di poter usufruire dei trenta giorni assegnati dall'art. 120 cod. proc. amm. per articolare le proprie censure in giudizio”*.

<sup>43</sup> Sulla sentenza in oggetto, si veda M. A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 26/2021.

Viene dunque confermato l'impianto così come descritto dai giudici amministrativi.

## 6. Osservazioni conclusive

Analizzati i fattori di incidenza del principio di effettività della tutela, declinato, in particolare, sotto il profilo della individuazione dei termini processuali per impugnare il provvedimento amministrativo, il punto che si pone ora all'attenzione dell'interprete è il seguente: ci si trova di fronte all'ennesima divaricazione tra disciplina generale e disciplina degli appalti? Oppure la sensibilità dimostrata (tesa ad evitare i cd ricorsi al buio) dell'Adunanza Plenaria in tema di procedura di gara, trova applicazione (generalizzata) a tutti i settori del contenzioso, mettendo quindi in discussione il prevalente orientamento il quale, come visto, ritiene sufficiente la conoscenza del provvedimento lesivo ai fini dell'impugnativa?<sup>44</sup>

In realtà, la possibilità di leggere in *termini sostanziali* la tematica dell'impugnativa dei provvedimenti in tema di appalti, è connessa agli oneri informativi imposti dalla normativa di settore alle amministrazioni aggiudicatrici; oneri che in generale non gravano sulle altre amministrazioni, le quali soddisfano gli obblighi di legge con la comunicazione e/o notifica (o pubblicazione laddove prevista dalla legge) dell'atto e con l'indicazione dei contenuti minimi essenziali (autorità emanante, oggetto, contenuto dispositivo e suoi effetti); il meccanismo fondato sulla comunicazione dell'atto e dei suoi contenuti minimi, in assenza di una disciplina settoriale che preveda ulteriori oneri formali (d'ufficio o a richiesta), difficilmente potrà essere messo in discussione al fine di determinare la dilazione temporale dei termini processuali; le problematiche connesse alle condotte dilatorie delle amministrazioni e all'eventuale insufficienza della motivazione dei loro atti, al netto del fatto che l'insufficienza della motivazione assurge di per sé a (valido) motivo di ricorso, sono comunque aspetti patologici che possono trovare risoluzione imponendo condotte più virtuose alle amministrazioni medesime (nell'ottica dell'effettività cd primaria intesa come rispetto da parte dell'amministrazione delle regole che presidono al suo agire<sup>45</sup>); più che stravolgere il meccanismo che aggancia le azioni processuali al *dies a quo* decorrente dalla

<sup>44</sup> Con connessa decorrenza del termine processuale, demandando al ricorso per motivi aggiunti la contestazione di eventuali e ulteriori atti lesivi.

<sup>45</sup> Si fa riferimento alla distinzione tra forme di garanzia primaria e secondaria analizzata da L. FERRAJOLI, in *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, Volumi I e II, Bari, 2007. Laddove la garanzia primaria è quella che sta fuori dal processo, che prescinde dal ricorso a strumenti di tipo giurisdizionale e che attiene all'ordine/sistema normativo la cui corretta attuazione – coniugata ad una efficiente costruzione – assume valenza di garanzia appunto primaria, perché pregressa e deflattiva di qualunque successivo conflitto

comunicazione (e dunque conoscenza) del provvedimento lesivo, è innanzitutto necessario che l'amministrazione rispetti l'onere, di cui all'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo, che ad essa impone di motivare la sua azione, e che rispetti gli obblighi di pubblicazione degli atti imposti dalla normativa in tema di trasparenza amministrativa.

In sostanza, tra potere amministrativo e tutela (effettiva) delle situazioni giuridiche soggettive che si correlano al primo, sussiste un rapporto di coesistenza che, per risultare sostenibile, implica da una parte che l'amministrazione possa avere 'libertà di azione' e dunque di scelta (nei limiti e nel rispetto dei vincoli imposti alla discrezionalità) delle soluzioni più adeguate e conformi all'interesse pubblico; dall'altra, che siano garantite le più ampie e pregnanti forme di tutela al soggetto che lamenti l'illegittimità dell'azione amministrativa. In questo rapporto di coesistenza si innesta il principio di certezza del diritto, al quale si aggancia la previsione del termine di decadenza dell'impugnativa degli atti amministrativi.

Il limite temporale alla contestazione degli atti è essenziale per la certezza dei rapporti giuridici; non a caso il legislatore ha imposto dei limiti temporali più stringenti allo stesso esercizio del potere di autotutela<sup>46</sup>. L'incertezza sul termine di decorrenza diventa non solo un elemento che può inficiare l'applicazione del principio di effettività della tutela ma può mettere in crisi, più in generale, le esigenze di certezza dei rapporti giuridici. È necessario di conseguenza stabilire regole certe e chiare al fine della tenuta complessiva del sistema.

L'orientamento giurisprudenziale che – nell'ottica del suddetto rapporto di coesistenza sostenibile tra potere e interesse – aggancia la decorrenza alla conoscenza/percezione della lesività dell'atto (demandando al ricorso per motivi aggiunti la eventuale doglianza avverso ulteriori atti) sembra in linea con le ragioni di certezza da una parte e di tutela dall'altra; si tratta di porre in essere un'opera di equilibrio tra contrapposte esigenze. Equilibrio che in materia di appalti trova una ricollocazione (in senso più orientato alle ragioni dell'effettività della tutela) in virtù dei meccanismi imposti dalla normativa in tema di contratti pubblici la quale, come visto, impone oneri informativi più stringenti all'amministrazione.

Si potrebbe in definitiva dedurre che è l'onere informativo (e dunque l'implementazione della cd garanzia primaria<sup>47</sup>) ad incidere in senso rafforzativo e ad avere riflessi sulla tutela processuale (cd garanzia secondaria) la quale è stata interpretata in senso più garantista dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

<sup>46</sup> Si veda, da ultimo, il cd decreto semplificazioni-bis, che è intervenuto sull'art. 21-*nonies*, comma 1, prevedendo la riduzione, da diciotto a dodici mesi, del termine per l'annullamento d'ufficio nelle ipotesi di provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici.

<sup>47</sup> Tesa all'osservanza da parte dei consociati (che hartianamente assumono un ruolo fondamentale, costitutivo del generale impianto normativo) degli obblighi imposti dall'ordinamento. L'effettiva e concreta soddisfazione delle pretese del titolare di una situazione giuridica soggettiva può trovare di conseguenza soddisfazione in uno stadio anteriore, attinente appunto alla osservanza da parte del soggetto obbligato, della norma di diritto sostanziale tesa a imporre una determinata condotta e prescrizione.

### **Abstract**

L'articolo focalizza l'attenzione sui termini processuali per ricorrere e il rapporto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In particolare, si concentra sui termini per ricorrere avverso gli atti delle procedure di gara affrontando la questione relativa ai cd ricorsi al buio.

### Effectiveness of protection and terms for judicial appeal

The article focuses on procedural terms for appeal and the relationship with the principle of effectiveness of judicial protection. In particular, the article analyzes the deadlines for appealing in the public contract and the connected issue of "blind appeals"



# Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni intorno alla città metropolitana anche alla luce della sentenza n. 240/2021 della Corte costituzionale

di Laura Maccarrone

SOMMARIO: 1. La città metropolitana nella legge Delrio. – 2. Gli organi di governo della città metropolitana. – 3. La controversia sul sindaco metropolitano tra lo Stato e la Regione siciliana. – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021. Il giudizio di inammissibilità. – 5. Il monito. La centralità delle funzioni. – 6. Le soluzioni prospettabili. – 7. Le forme di democrazia partecipativa quale tassello essenziale per una legittimazione democratica della città metropolitana. – 8. Conclusioni.

## 1. *La città metropolitana nella legge Delrio*

La crisi economica, che prende avvio a partire dal 2008, ha aperto, nel decennio successivo, una complessa stagione di riforme che ha avuto quale protagonista il sistema delle autonomie locali. In via generale tali riforme sono state mosse da due obiettivi, almeno stando alle finalità espresse dallo stesso legislatore. Per un verso si è ritenuto di contenere i costi, specialmente quelli della politica, dall'altro si è espressa l'esigenza di efficientare il sistema, particolarmente attraverso la ricerca di una dimensione adeguata per lo svolgimento delle funzioni e dei servizi<sup>1</sup>.

Invero, la finalità di ridurre i costi della politica si è andata via via ridimensionando, forse anche per la valutazione in concreto, conti alla mano, di risparmi non particolarmente significativi, palesandosi, sempre più chiaramente, come l'enunciazione di un tale intento avesse piuttosto l'obiettivo di sedare gli animi, esacerbati dall'emersione di una serie di episodi, oggetto di particolare attenzione da parte dei mezzi di informazione, circa l'utilizzo non sempre legittimo ed oculato delle risorse pubbliche da parte della classe politica.

Nella legge Delrio 7 aprile 2014 n. 56<sup>2</sup>, la finalità di ridurre i costi della poli-

---

<sup>1</sup> Il riferimento è ai decreti legge 7 agosto 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), 6 dicembre 2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), 6 luglio 2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini), convertiti rispettivamente nelle leggi 30 luglio 2010, n. 122, 14 settembre 2011, n. 148, 22 dicembre 2011, n. 214, 7 agosto 2012, n. 135.

<sup>2</sup> Sulla legge n. 56 del 2014 (legge Delrio) v. F. PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali, città metropolitane, nuove province e unioni di comuni*, Milano, 2015; L. VANDELLI, *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni*, Rimini, 2014; *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla legge 7 aprile 2014 n. 56*, a cura di A. STERPA, Napoli, 2014; *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, a cura

tica non appare neppure menzionata<sup>3</sup>. Pur con le imperfezioni e le critiche da più parti sollevate<sup>4</sup>, la l. n. 56/2014 si pone, in modo esplicito, l'ambizioso obiettivo di adeguare l'ordinamento degli enti locali ai principi espressi nell'art. 118 Cost.<sup>5</sup>, i quali pertanto devono costituire una guida per la sua corretta interpretazione, a partire dal principio di adeguatezza.

La ricerca di una dimensione adeguata, che, con riguardo agli enti territoriali, è anzitutto riferibile all'estensione territoriale e al numero di abitanti, appare centrale all'interno della riforma Delrio e strumentale, sia per una gestione più efficiente della cosa pubblica, sia anche per meglio rispondere (più efficacemente) ai bisogni dei cittadini. In particolare, la legge n. 56/2014, nel dare attuazione, con l'istituzione della città metropolitana, all'art. 114 della Costituzione, mira a realizzare un governo efficiente di area vasta, in grado di fronteggiare le numerose problematiche che investono le grandi aree urbane<sup>6</sup>. L'intensa concentrazione di

---

di F. FABRIZZI e G.M. SALERNO, Napoli, 2014; G. VESPERINI, *Il disegno del nuovo governo locale: le città metropolitane e le province*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 8-9, 2014, 786-804.

<sup>3</sup> Vero è che quella finalità, espressamente enunciata nei precedenti interventi normativi, aveva altresì lo scopo di legittimare l'uso del decreto legge, laddove la stessa esigenza non si è manifestata con quest'ultima riforma, approvata con legge ordinaria.

<sup>4</sup> V. in chiave critica S. STAIANO, *Il ddl Delrio: considerazioni sul merito e sul metodo*, in *www.federalismi.it*, 1/2014, con particolare riferimento alla delimitazione delle aree metropolitane: "l'elenco troppo esteso delle Città metropolitane (ben nove) e la sua evidente disomogeneità rivelano la carenza di un supporto analitico adeguato, o l'indifferenza a esso sotto la pressione dei localismi più forti". Che la legge n. 56 possa essere stata mossa "prevalentemente da motivazioni e convenienze politiche spicce e contingenti" è quanto afferma A. SPADARO, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2015, che mette in evidenza l'assenza di uno studio interdisciplinare più oculato in grado di evidenziare le differenze strutturali tra le città metropolitane individuate dal legislatore.

<sup>5</sup> La legge, costituita da un unico articolo composto da 151 commi, dispone al primo comma: "La presente legge detta disposizioni in materia di città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni al fine di adeguare il loro ordinamento ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza"; c'è chi (F. PIZZETTI, *Città metropolitane e nuove province. La riforma e la sua attuazione*, in *www.astrid-online.it*, 13, 2014) non esita a considerarla "la più importante legge di innovazione del governo locale dalle leggi Rattazzi del 1859". Si veda poi la Relazione introduttiva al d.d.l., dove si legge: "si tratta dunque di un disegno di legge che persegue risultati ambiziosi e che, pur nel suo apparente carattere contingente, specialmente per quanto riguarda la ristrutturazione delle province, ha però ambizioni rilevanti di carattere sistematico". All'opposto si ritiene che gli interventi normativi in materia di area vasta manchino di attenzione verso tutte le numerose sfaccettature che l'istituzione della città metropolitana presenta (B. CARAVITA, *Città metropolitana ed area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano*, in *www.federalismi.it*, 3, 2014).

<sup>6</sup> Né appare criticabile la circostanza che si sia intervenuti con legge statale in assenza di un "attivo e proattivo coinvolgimento nella stesura del ddl" di Regioni, Province e Comuni, dal momento che proprio a questi enti deve attribuirsi "la responsabilità politica di aver frenato in questi anni l'istituzione dell'area vasta, a causa degli infiniti litigi sulla leadership politica della stessa" (A. POGGI, *Sul disallineamento tra il Ddl Delrio ed il disegno costituzionale attuale*, in *www.federalismi.it*, 1, 2014). Si ricorderà, infatti, che già gli artt. 17 ss. della legge n. 142 del 1990 prevedevano

attività produttive, l'elevata densità abitativa, l'interdipendenza dei centri abitativi, che compongono e caratterizzano le realtà metropolitane, esigono un nuovo modello di governance in grado di fronteggiare ed amministrare la complessità, di governare i fenomeni della mobilità e di pianificare lo sviluppo economico e del territorio<sup>7</sup>.

Stando poi a quanto espresso nella Relazione al d.d.l. la missione delle città metropolitane appare di assai più largo respiro, ponendosi “alla testa della ripresa dello sviluppo e del rilancio del nostro sistema economico e produttivo”. Inoltre, si legge, “più della metà della popolazione italiana vive nelle città metropolitane, e più della metà del PIL annuale è prodotto in queste aree. In queste aree sono collocati i nostri centri di ricerca di maggiore peso e prestigio, le università più avanzate, le strutture finanziarie portanti del Paese. In queste aree sono collocate le sedi delle imprese più rilevanti e delle multinazionali più prestigiose. Queste aree costituiscono i nodi portanti del nostro sistema di servizi, della nostra rete dei trasporti terrestri, marittimi e aerei, delle nostre attività più innovative”<sup>8</sup>.

La necessità di una governance differenziata per le aree ad alta urbanizzazione ha indotto il legislatore a distinguere le città metropolitane dalle province<sup>9</sup>.

---

l'iniziativa regionale in ordine alla delimitazione delle aree metropolitane di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Bari e Napoli), nonché l'attribuzione alla Regione del compito di determinarne le funzioni. Nel 2000, con l'approvazione del testo unico sugli enti locali, il d.lgs. n. 267, muta il procedimento, sostanzialmente confermato dalla legge n. 42 del 2009, nella direzione di un rafforzamento del ruolo delle autonomie locali, prevedendo, sia un referendum popolare, sia che la delimitazione regionale delle aree metropolitane dovesse essere preceduta dalla proposta degli enti locali interessati. Iniziativa dal basso, dunque, che tuttavia non è mai approdata a risultati concreti.

<sup>7</sup> Cfr. F. GIGLIONI, *La riforma del governo di area vasta tra eterogenesi dei fini e aspettative autonomistiche*, in *www.federalismi.it*, 1, 2014; A. LUCARELLI, *Le Città metropolitane. Tipi di Stato e trasformazioni territoriali*, in *www.federalismi.it*, 3, 2014; C. DEODATO, *Le città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive*, in *www.federalismi.it*, 5, 2013; *La città: bisogni, desideri, diritti. La città diffusa: stili di vita e popolazioni metropolitane*, a cura di G. NUVOLATI, F. PISELLI, Milano, 2009; G. SORICELLI, *Politiche pubbliche e complessità sociali. Il fenomeno delle aree metropolitane tra riassetto dell'amministrazione locale e riforme costituzionali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2002, 843 ss.

<sup>8</sup> Relazione al d.d.l n. C- 1542.

<sup>9</sup> B. CARAVITA, *Città metropolitana ed area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano*, cit., che sottolinea come la necessità di pensare ad un assetto diverso per le aree ad intensa urbanizzazione costituisce ormai un dato acquisito nel dibattito istituzionale e dottrinario italiano, nonché un dato comune alle realtà degli altri Paesi, europei e non. V. anche A. LUCARELLI, *La città metropolitana, ripensare la forma di stato ed il ruolo di regioni ed enti locali: il modello a piramide rovesciata*, in *www.federalismi.it*, 13, 2014, che definisce le città metropolitane “Luoghi di valorizzazione delle potenzialità e delle vocazioni naturali dei territori, luoghi di conflitti ed innovazioni, spazi di solidarietà e del “vivere insieme” di popolazioni sempre più diverse sul piano sociale, culturale, etnico. Insomma, un processo, quello verso la città metropolitana che se ben governato può essere virtuoso proprio per la sua peculiarità, potenzialità e soprattutto adeguatezza rispetto alle trasformazioni territoriali, sociali ed economiche”. Sui caratteri generali del governo metropolitano il richiamo è agli studi di *Global City-regions*, a cura di A. SCOTT, Oxford, 2001; N. BRENNER, *New State Spaces: Urban Governance*

La legge n. 56/2014, pur definendole entrambe “enti territoriali di area vasta”, le distingue in ordine alle funzioni.

A fronte delle “finalità istituzionali” assegnate alle province, la legge affida alla città metropolitana “finalità istituzionali generali”<sup>10</sup>: a) cura dello sviluppo strategico del territorio metropolitano; b) promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse della città metropolitana; c) cura delle relazioni istituzionali afferenti al proprio livello, ivi comprese quelle con le città e le aree metropolitane europee. Tre finalità, come è stato messo in evidenza “che vanno tutte nel medesimo e inequivoco senso: quello di fare della città metropolitana un ente territoriale tutto rivolto allo sviluppo strategico del suo territorio”<sup>11</sup>.

Venendo ad un esame più puntuale delle funzioni, esse si identificano con quelle già fondamentali attribuite alle province, alle quali si aggiungono ulteriori funzioni individuate nel comma 44 dell’art. 1 della l. n. 56/2014. Tra queste rileva, per la sua ampiezza e la sua incidenza, la funzione di pianificazione del territorio. La presenza su un territorio di una città metropolitana, infatti, dà luogo ad una diversa distribuzione delle funzioni urbanistiche, ossia all’attrazione verso l’ente di area vasta di funzioni normalmente affidate ai comuni (pianificazione territoriale, viabilità, trasporti, ecc.). Il carattere sovra-comunale degli interessi sottesi a tali funzioni, unito a ragioni di efficienza ed economicità, legittima tale attrazione ed attribuisce alla città metropolitana un ruolo centrale nel governo dell’area, che, per un verso, si pone ben al di là delle funzioni di mero coordinamento esercitate dalle province attraverso il piano territoriale di coordinamento, dall’altro provoca una “degradazione” al livello attuativo della pianificazione urbanistica comunale<sup>12</sup>.

In particolare, spetta alla città metropolitana l’adozione del piano strategico, che costituisce atto di indirizzo anche per le funzioni dei comuni, e del piano territoriale generale, il quale può fissare “vincoli e obiettivi all’attività e all’esercizio delle funzioni dei comuni”<sup>13</sup>. Sotto tale profilo, la città metropolitana è destinata

---

*and the rescaling of Statehood*, Oxford, 2004. P. VELTZ, *Mondialisation, ville et territoires: l'économie d'archipel*, Parigi, 1996.

<sup>10</sup> Sottolinea questa distinzione E. FURNO, *Il nuovo governo dell’area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali*, in *www.federalismi.it*, 1, 2015. Per un esame dettagliato delle funzioni della città metropolitana A. VIGNERI, *Le funzioni della Città metropolitana*, *www.astrid-online.it*, gennaio 2013.

<sup>11</sup> F. PIZZETTI, *Le città metropolitane per lo sviluppo strategico del territorio: tra livello locale e livello sovranazionale*, in *www.federalismi.it*, 12, 2015. Secondo l’A., le finalità di promozione e gestione integrata di servizi, infrastrutture e reti di comunicazione, così come la cura delle relazioni istituzionali afferenti al proprio livello, risultano funzionali alla finalità principale, che è quella di assicurare lo sviluppo strategico del territorio.

<sup>12</sup> F. SALVIA, C. BEVILACQUA, *Manuale di Diritto urbanistico*, Padova, 2017.

<sup>13</sup> Sulla pianificazione strategica delle grandi aree urbane cfr. F. RUOCCO, *Pianificazione strategica territoriale e rappresentazioni di città*, in *Rappresentare la territorialità*, a cura di P. BONURA, Bologna, 2012, con un confronto fra le più importanti metropoli europee, nelle quali il piano strategico costituisce il più importante strumento di programmazione.

a svolgere una funzione diversa dall'analoga già svolta dalla provincia<sup>14</sup>; gli atti di pianificazione conterranno prescrizioni, solo grazie alle quali l'attività di governo della città metropolitana potrà avere quella incidenza necessaria a definire in concreto le linee di sviluppo dell'intera area<sup>15</sup>.

## 2. *Gli organi di governo della città metropolitana*

Il ruolo che la l. n. 56/2014 affida alle città metropolitane e l'incidenza che le scelte strategiche da queste assunte avranno sulle attività dei singoli comuni, nonché i vincoli che a questi ultimi possono essere imposti, pongono una serie di interrogativi in ordine alla sufficiente legittimazione democratica della città metropolitana, e quindi dei suoi organi politici. In questo contesto un ruolo importante, come si dirà più avanti, rivestono gli statuti, ai quali spetta specificare le competenze e regolare i rapporti tra gli organi di governo, pur nel quadro di una legislazione statale che ne definisce l'assetto fondamentale, individuando organi politici e rispettive competenze.

Il sindaco metropolitano è di diritto il sindaco del comune capoluogo; presiede entrambi gli organi collegiali; rappresenta l'ente e sovrintende al funzionamento degli uffici e dei servizi e all'esecuzione degli atti. Il sindaco può svolgere altri compiti attribuiti dallo statuto. Può nominare un vicesindaco scelto fra i consiglieri e può assegnare deleghe ai consiglieri secondo modalità stabilite dallo statuto (art. 1 commi 40 e 41 l. n. 56/2014).

Il consiglio viene definito organo di indirizzo e controllo, approva i piani, programmi e regolamenti, nonché gli atti che il sindaco gli propone. Inoltre propone alla conferenza lo statuto e le sue modifiche. Quanto al bilancio, il consiglio lo adotta su proposta del sindaco e parere favorevole della conferenza. Il consiglio può svolgere altri compiti attribuiti dallo statuto; è composto da consiglieri eletti da un corpo elettorale costituito dai sindaci e dai consiglieri dei comuni ricadenti nell'area. L'elettorato passivo è costituito dagli stessi sindaci e consiglieri, i quali votano con voto ponderato in relazione alla fascia demografica del comune di appartenenza. È presieduto dal sindaco, dura in carica 5 anni e si rinnova a seguito delle elezioni del consiglio comunale del comune capoluogo

---

<sup>14</sup> D. MONE, *Città metropolitane. Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1, 2014.

<sup>15</sup> Cfr. P. URBANI, *Le funzioni di pianificazione della città metropolitana*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 22, 2012, che insiste sulla necessità che la pianificazione della città metropolitana abbia una capacità effettiva di imporre vincoli, "al fine di rendere effettiva una organizzazione degli interessi pubblici sovra comunali che sani la frammentazione dei territori locali e guardi ad un sistema di equa ed equilibrata distribuzione di infrastrutture e servizi reali per l'intera comunità metropolitana".

(sarà il nuovo sindaco ad indire le elezioni del consiglio metropolitano entro 60 giorni).

La conferenza ha poteri propositivi e consultivi, secondo quanto disposto dagli statuti. Inoltre adotta lo statuto a seguito della proposta del consiglio. Ai fini dell'adozione dello statuto e del parere sul bilancio, la deliberazione della conferenza ha esito positivo se i voti espressi rappresentano almeno un terzo dei comuni ricompresi nell'area metropolitana e la maggioranza della popolazione residente. È formata dai sindaci dei comuni ricadenti nell'area.

Il dibattito sorto intorno al tema della legittimazione democratica della città metropolitana si è incentrato su due aspetti: sul carattere indiretto della elezione del consiglio metropolitano; sulla designazione automatica del sindaco metropolitano.

Sebbene sia pacifico che il livello di democraticità di un ordinamento non si misuri esclusivamente attraverso il meccanismo elettorale, l'attenzione della dottrina, e ancor prima del Parlamento, è stata catalizzata dalla scelta circa il carattere, diretto o indiretto, dell'elezione degli organi di governo degli enti di area vasta. Le argomentazioni sono state svariate, ora a sostegno della indispensabilità dell'elezione diretta ai fini della configurazione in senso democratico degli enti di area vasta, ora volte a legittimare l'elezione indiretta, non senza considerazioni assai pragmatiche connesse ai relativi risparmi di spesa<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Per l'incompatibilità dell'elezione indiretta con la natura di ente politico territoriale cfr., tra gli altri, P.L. PORTALURI, *Note minime sulle città metropolitane nel d.d.l. costituzionale AS n. 1429 (Renzi-Boschi)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8, 2014; G. C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2014, che afferma, a proposito dell'elezione indiretta degli organi della provincia: "È una prospettiva che appare in contrasto, tra l'altro, sia col combinato disposto dell'art. 48 e del primo comma dell'VIII disp. trans. e fin. della Cost., dai quali si ricava la necessità di un ruolo diretto dei cittadini elettori anche per la formazione degli organi delle amministrazioni provinciali, sia con l'art. 3, secondo comma, della Carta europea dell'autonomia locale, che prevede espressamente organi rappresentativi eletti direttamente anche per le istituzioni territoriali di secondo livello". Di contro, ritengono compatibile l'elezione indiretta F. PIZZETTI, *Le nuove province e le nuove forme di articolazione della democrazia locale*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 15, 2012; L. VANDELLI, *L'autonomia locale di fronte ai processi di razionalizzazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5, 2013; E. GROSSO, *Possono gli organi di governo delle Province essere designati mediante elezioni "di secondo grado", a Costituzione vigente?*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 19, 2013; P. CARETTI, *Sui rilievi di incostituzionalità dell'introduzione di meccanismi di elezione indiretta negli organi di governo locale*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 19, 2013; F. BASSANINI, *Sulla riforma delle istituzioni locali e sulla legittimità costituzionale della elezione in secondo grado degli organi delle nuove Province*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 19, 2013. Non mancano poi soluzioni di mezzo che ammettono la compatibilità a condizione che tutti gli organi di governo siano elettivi in secondo grado, che tutti i grandi elettori siano stati eletti direttamente dai cittadini e che le funzioni degli enti siano esclusivamente di coordinamento delle funzioni comunali (A. FERRARA, *Una pericolosa rottamazione istituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1, 2014). Per una ricostruzione delle tesi a favore e contro la legittimità costituzionale dell'elezione indiretta cfr. E. FURNO, *Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1, 2015.

Dal canto suo la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che la natura costituzionalmente necessaria degli enti previsti dall'art. 114 Cost., nonché il carattere autonomistico ad essi impresso dall'art. 5 Cost., non implicano l'automatica indispensabilità che gli organi di governo di tutti questi enti siano direttamente eletti<sup>17</sup>.

Una volta accolta l'idea dell'elezione indiretta, le maggiori perplessità sul modello di governance della città metropolitana si sono dirette verso la figura del sindaco metropolitano, in ragione della sua coincidenza automatica con il sindaco del comune capoluogo. La possibilità di elezione diretta, pur prevista, è subito apparsa assai remota, essendo subordinata al frazionamento del comune capoluogo in più comuni, nonché all'entrata in vigore di una legge statale di disciplina del sistema d'elezione, a tutt'oggi non ancora approvata<sup>18</sup>.

Prima di fare il punto sugli esiti più recenti della questione, che ha visto la Corte costituzionale pronunciarsi con la sentenza 7 dicembre 2021 n. 240, vale la pena tracciare le tappe fondamentali di una complessa controversia che, proprio sul punto della individuazione del sindaco metropolitano, ha visto protagonisti lo Stato e la Regione siciliana.

### 3. *La controversia sul sindaco metropolitano tra lo Stato e la Regione siciliana*

La Regione siciliana, forte di una potestà legislativa esclusiva in materia di enti locali, ha avviato un percorso riformatore già nel 2013, con l'approvazione della legge regionale 27 marzo 2013 n. 7, nella quale veniva prevista, nel rispetto dell'art. 15 dello statuto siciliano, l'istituzione dei liberi consorzi. Si trattava di

---

<sup>17</sup> Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 50. La decisione è stata ampiamente commentata, v. A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015. Considerazioni in merito all'istituzione delle città metropolitane* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, in *Rivista AIC*, 2, 2015; L. VANDELLI, *La legge "Delrio" all'esame della Corte: ma non meritava una motivazione più accurata?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); D. MONE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015 e la Carta europea dell'autonomia locale: l'obbligo di elezione diretta tra principi e disposizioni costituzionali*, in [www.quadernocostituzionali.it](http://www.quadernocostituzionali.it), 2015; G. M. SALERNO, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo repubblicano di impronta statistica?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7, 2015; A. STERPA, *Un "giudizio in movimento": la Corte costituzionale tra attuazione dell'oggetto e variazione del parametro del giudizio*, *Note a margine della sent. n. 50 del 2015*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8, 2015.

<sup>18</sup> Il procedimento per l'articolazione del comune capoluogo in più comuni appare piuttosto complesso, ma è prevista una via più semplice per le città metropolitane con popolazione superiore a tre milioni di abitanti, per le quali, è necessario "affinché si possa far luogo ad elezione del sindaco e del consiglio metropolitano a suffragio universale, che lo statuto della città metropolitana preveda la costituzione di zone omogenee, ai sensi del comma 11, lettera c), e che il comune capoluogo abbia realizzato la ripartizione del proprio territorio in zone dotate di autonomia amministrativa, in coerenza con lo statuto della città metropolitana" (art. 1 comma 22 l. n. 56/2014).

una legge “annunciatrice” che serviva di fatto per sospendere l’elezione degli organi provinciali e per prendere tempo, fissando al 31 dicembre 2013 l’approvazione della disciplina sui liberi consorzi comunali, enti di area vasta, in sostituzione delle province regionali. Con la legge regionale 24 marzo 2014 n. 8 venivano abolite le province regionali e istituiti i liberi consorzi e le tre città metropolitane di Palermo, Catania e Messina, ma è soltanto con la successiva legge regionale 4 agosto 2015 n. 15 che ne vengono definite funzioni e organi di governo<sup>19</sup>. Quest’ultima, diversamente dalla legge Delrio, prevedeva l’elezione di secondo grado del sindaco metropolitano, al pari del presidente del libero consorzio<sup>20</sup>.

Nell’ottobre 2015 il Consiglio dei Ministri deliberava l’impugnativa della legge regionale 4 agosto 2015, n. 15 per contrasto con la l. n. 56/2014<sup>21</sup>. Le eccezioni sollevate dal Governo hanno indotto la Regione ad intervenire modificando la propria legge, pur con evidente sofferenza e riluttanza, come dimostrano, sia l’animato dibattito che ne è scaturito fuori e dentro l’Assemblea regionale siciliana, sia anche la circostanza che, prima di uniformare la legislazione regionale a quella statale, la Regione è intervenuta a singhiozzo, approvando numerose leggi con le quali sono state via via modificate le disposizioni della legge n. 15/2015 oggetto di impugnazione governativa.

Successivamente alla proposizione del ricorso, la Regione siciliana ha promulgato la legge regionale 12 novembre 2015, n. 28, la legge regionale 1 aprile 2016, n. 5, la legge regionale 17 maggio 2016, n. 8, la legge regionale 10 agosto 2016, n. 15 e la legge regionale 27 ottobre 2016, n. 23. In particolare, la legge regionale 17 maggio 2016, n. 8, modificando l’art. 13 della legge regionale 4 ago-

<sup>19</sup> Cfr. A. PIRAINO, *Dall'autonomia al federalismo. L'istituzione in Sicilia dei liberi consorzi comunali e delle città metropolitane*, in *www.federalismi.it*, 13, 2013; F. SAITTA, *Città metropolitane e consorzi di comuni in Sicilia. Sette note sulla L.R. n. 8 del 2014*, in *www.federalismi.it*, 12, 2014; R. URSI, *L'abolizione delle Province in Sicilia: resoconto semiserio di una rivoluzione in progress*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2014; F. TIGANO, *C'è qualcosa di nuovo nell'aria, anzi d'antico*, in *Il governo locale in Sicilia. Materiali per la riforma*, a cura di R. D'AMICO, A. PIRAINO, Milano, 2014, 136. Sia consentito altresì rinviare a L. MACCARRONE, *L'istituzione del libero consorzio in Sicilia nel quadro delle trasformazioni di sistema delle autonomie territoriali*, in *www.federalismi.it*, 17, 2016.

<sup>20</sup> L’art. 13 comma 5 della l. r. n. 15/2015 disponeva che “Il Sindaco metropolitano è eletto dai sindaci e dai consiglieri comunali, in carica, dei comuni appartenenti alla Città metropolitana nonché dai presidenti dei consigli circoscrizionali, in carica, del comune capoluogo, che compongono l’Adunanza elettorale metropolitana”.

<sup>21</sup> Il ricorso governativo si fondava, in particolare, su alcuni fondamentali rilievi: l’assenza, nella legge regionale, di meccanismi di ponderazione del voto che tenessero conto della consistenza della popolazione dei diversi comuni, come previsto dalla legge statale n. 56/2014, con riferimento alla elezione del Consiglio, sia del libero consorzio che metropolitano, e del Presidente del libero Consorzio comunale; l’indennità prevista dalla legge regionale a favore degli amministratori locali, in quanto in contrasto con la vigente normativa nazionale in materia di razionalizzazione dei costi degli enti locali; la previsione di organi “esuberanti”, ossia la Giunta e l’Adunanza Elettorale, non previsti dalla legge Delrio.

sto 2015, n. 15 prevedeva che “Il Sindaco metropolitano è di diritto il sindaco del comune capoluogo”.

A giudizio della Corte costituzionale, che si è espressa con la sentenza 22 novembre 2016 n. 277, le modifiche e le abrogazioni introdotte dal legislatore siciliano risultano essere soddisfattive delle ragioni di censura formulate con il ricorso. In definitiva, viene dichiarata cessata la materia del contendere con riferimento a tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate con il ricorso.

La controversia tra Stato e Regione, tuttavia, non finisce qui. Con la successiva legge regionale 11 agosto 2017 n. 17 la Regione siciliana ha introdotto, modificando le relative norme della l. r. n. 15/2015, l'elezione diretta del Consiglio e del Sindaco metropolitano, nonché del Consiglio e del Presidente del libero consorzio. Impugnate le relative norme, è intervenuta, con la sentenza 20 luglio 2018 n. 168, la Corte costituzionale, che ha ribadito il carattere vincolante, per il legislatore siciliano, del modello di governo di secondo grado di cui alla l. n. 56/2014<sup>22</sup>.

Secondo la Corte, i meccanismi di elezione indiretta degli organi di vertice dei nuovi enti di area vasta sono funzionali all'obiettivo di semplificare l'ordinamento degli enti territoriali e ricadono tra i principi fondamentali di riforma economico-sociale, come tali rientranti nella competenza esclusiva statale in materia di legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane.

Nel rispetto della decisione della Corte, gli artt. 13, comma 1, e 14 della l. r. n. 15/2015 sono stati sostituiti dall'art. 4, commi 1 e 2, della legge regionale 29 novembre 2018 n. 23 (Norme in materia di Enti di area vasta), confermando anche in Sicilia il modello della elezione indiretta degli organi politici degli enti di area vasta, nonché dell'automatismo, contenuto nell'art. 1 comma 19 della l. n. 56/2014, in virtù del quale il sindaco metropolitano coincide con il sindaco del comune capoluogo.

#### 4. *La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021. Il giudizio di inammissibilità*

Con la sentenza n. 240/2021 la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità, in riferimento agli artt. 1, 2, 3 e 48, 5, 97 e 114 Cost., delle questioni di

---

<sup>22</sup> Con la sentenza 20 luglio 2018, n. 168 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. da 1 a 7 della legge regionale n. 17/2017, per violazione degli artt. 3, 5, 117, comma 2, lett. p), e 117, comma 3, Cost., nella parte in cui prevedono: a) l'elezione diretta a suffragio universale del Presidente del libero consorzio comunale e del Sindaco metropolitano nonché dei componenti del Consiglio del libero consorzio comunale e del Consiglio metropolitano; b) un numero di componenti del Consiglio del libero consorzio comunale e del Consiglio metropolitano superiore a quello previsto dalla legislazione statale; c) la corresponsione al Presidente del libero consorzio comunale e al Sindaco metropolitano di un'indennità di carica.

legittimità costituzionale relative agli artt. 13, comma 1, e 14 della l. r. n. 15/2015, nonché all'art. 1, comma 19, della l. n. 56/2014.

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte di Appello di Catania che, contrariamente a quanto stabilito dal tribunale ordinario, ha ritenuto ammissibile la questione di legittimità costituzionale promossa dall'appellante. Quest'ultimo, iscritto nelle liste elettorali del Comune di Aci Castello, sito all'interno della Città metropolitana di Catania, si doleva del fatto che le norme censurate, stabilendo che il sindaco metropolitano è di diritto il sindaco del comune capoluogo, non gli consentivano di partecipare, neanche in via indiretta, alla sua elezione.

Secondo il giudice rimettente la questione sollevata non è manifestamente infondata in riferimento al principio di uguaglianza del voto di cui all'articolo 48, secondo comma, della Costituzione. La diversità di trattamento si produrrebbe in un duplice senso: con riguardo al rapporto tra i cittadini residenti nei comuni dell'area metropolitana, diversi dal capoluogo, e quelli residenti nel capoluogo; con riguardo al rapporto tra cittadini che non risiedono nel comune capoluogo, ma ricadono all'interno di un'area metropolitana e quelli che, pur non risiedendo come i primi nel comune capoluogo, tuttavia ricadono all'interno di un diverso tipo di ente di area vasta, ossia il libero consorzio.

Per un verso, infatti, il voto amministrativo dei cittadini non iscritti nelle liste elettorali del capoluogo della città metropolitana, bensì in quelle degli altri comuni appartenenti all'area, si rivelerebbe del tutto irrilevante ai fini dell'elezione del sindaco della città metropolitana. Quest'ultimo, identificandosi con il sindaco del comune capoluogo, viene di fatto determinato esclusivamente dai cittadini iscritti nelle relative liste elettorali. In tal modo, solo ad una parte degli amministratori viene riconosciuto il potere di esprimere, con il proprio voto, "l'organo rappresentativo ed a competenza innumerata" dell'ente intermedio.

In secondo luogo, rileva il giudice rimettente, i cittadini che si trovano nelle medesime condizioni dell'appellante non subiscono la stessa privazione dei diritti politici nel caso in cui l'ente di area vasta cui afferisce il loro comune non sia la città metropolitana, ma la provincia o libero consorzio comunale. In tal caso, infatti, il voto dei cittadini non subirebbe alcuna menomazione, perché tutti gli organi della provincia e del libero consorzio (compreso il presidente) sono eletti con un meccanismo elettivo di secondo grado, cui partecipano i sindaci e i consiglieri comunali di tutti i comuni del territorio di riferimento.

La Corte costituzionale, investita della questione, la dichiara inammissibile, ritenendo che un'eventuale pronuncia nel merito si risolverebbe in un intervento manipolativo, come tale posto al di fuori delle sue competenze<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> L'esame preliminare della ammissibilità della questione occupa buona parte della sentenza della Corte, la quale mette a fuoco, anche attraverso il richiamo a precedenti decisioni, alcuni aspetti fondamentali in tema di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale nell'ambito del

Secondo la Corte la designazione del sindaco metropolitano “consegue, come effetto disposto direttamente ed automaticamente dalla legge, al compiersi di un diverso procedimento elettorale, quello per l’elezione del sindaco del Comune capoluogo”. I cittadini residenti nel comune capoluogo sono chiamati ad esprimersi esclusivamente in ordine alla elezione degli organi del comune. Essi non eleggono, contrariamente a quanto prospettato dal giudice rimettente, il sindaco metropolitano, ciò che sarebbe invece precluso ai cittadini che risiedono in un diverso comune. Pertanto, la questione di legittimità costituzionale si risolve di fatto nella richiesta di una disciplina idonea a consentire l’elezione diretta del sindaco metropolitano da parte di tutti i cittadini residenti nel territorio della città metropolitana, ossia nell’introduzione di una «novità di sistema», che non può che essere rimessa “soltanto al legislatore nella sua discrezionale valutazione con specifico riferimento agli aspetti anche di natura politica che connotano la materia elettorale”.

Alla medesima conclusione di inammissibilità la Corte giunge con riferimento alla asserita disparità di trattamento tra i cittadini dei comuni non capoluogo compresi nella città metropolitana, rispetto ai cittadini dei comuni non capoluogo compresi in altro ente di area vasta, ai quali non è preclusa, sia pure indirettamente, attraverso i sindaci e i consiglieri comunali eletti, l’elezione del presidente della provincia. Anche in questo caso, a giudizio della Corte, si punta ad estendere alle città metropolitane e al suo vertice esecutivo (il sindaco metropolitano) il meccanismo di elezione indiretta che la l. n. 56/2014 prevede per il presidente della provincia, richiedendosi, in definitiva, un inammissibile intervento manipolativo.

Infine, afferma la Corte, la scelta relativa alla natura elettiva o meno dell’organo di vertice non può andare disgiunta da una valutazione complessiva della forma di governo dell’ente di area vasta, che tenga conto anche delle modalità di elezione degli altri organi, dei reciproci rapporti, della durata, delle rispettive funzioni, e così via<sup>24</sup>. In altre parole, si prospettano svariate soluzioni che, per la loro complessità e per l’ottica sistematica da cui devono scaturire, non possono che essere rimesse alla discrezionalità del legislatore.

---

giudizio elettorale, a partire dalla assenza di rimedi giurisdizionali di tipo impugnatorio, dalla non identità del *petitum* tra i due giudizi, quello *a quo* e quello devoluto alla cognizione della Corte (vedi in particolare i punti 4.2.3. e 4.2.4 del considerato in diritto). Su questi profili cfr. i contributi di M. CECCHETTI, *Prime osservazioni sulla sentenza n. 240 del 2021: gli enti di area vasta nell’ordinamento costituzionale tra passato, presente e futuro*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 29, 2021; A. POGGI, *La sentenza 240: un nuovo strappo all’incidentalità del giudizio e un revirement sulla legge Delrio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 29, 2021.

<sup>24</sup> A tal proposito, la Corte non manca di evidenziare alcune importanti differenze tra le province e le città metropolitane. Le prime combinano l’elettività in via indiretta del presidente con una durata del suo mandato doppia rispetto a quella, biennale, del consiglio provinciale, mentre nelle seconde all’assenza di una durata predeterminata, ma tendenzialmente quinquennale, della carica di sindaco metropolitano si associa la durata in carica quinquennale del consiglio metropolitano (v. in particolare il punto 7.2 del considerato in diritto).

## 5. *Il monito. La centralità delle funzioni*

Dichiarata l'inammissibilità delle questioni sollevate dalla Corte d'appello di Catania, la suprema Corte, con una decisione definita "monitoria di inammissibilità"<sup>25</sup>, afferma di non potersi tuttavia esimere "dall'osservare come il sistema attualmente previsto per la designazione del sindaco metropolitano non sia in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale", in particolare con riguardo ai meccanismi della responsabilità politica e al principio dell'eguaglianza del voto.

Prima di soffermarsi sui profili summenzionati, la Corte avverte l'esigenza di manifestare le ragioni che l'hanno spinta in una direzione diversa rispetto a quella tracciata con la sentenza 26 marzo 2015 n. 50.

Invero, già in quell'occasione un *vulnus* era stato rilevato, ma giustificato sulla base di considerazioni che, a dire il vero, poco hanno a che fare con i parametri costituzionali<sup>26</sup>: la necessità di consentire l'immediata operatività della riforma degli enti di area vasta, da poco approvata; la constatazione che la l. n. 56/2014 offre agli statuti delle città metropolitane la possibilità di optare per l'elezione diretta del sindaco metropolitano.

A distanza di sei anni, sostiene la Corte, la designazione automatica del sindaco metropolitano non è più giustificabile "in considerazione del tempo trascorso e di una pluralità di ragioni legate agli sviluppi intervenuti a seguito dell'adozione della disciplina in questione". Gli sviluppi cui la Corte fa riferimento attengono sia alla mancata adozione di una legge statale che disciplini l'elezione dei sindaci metropolitani, sicché a nulla varrebbe la scelta statutaria dell'elezione diretta, sia soprattutto alla mancata riforma della Costituzione, che avrebbe dovuto abolire le province e portare all'affermazione dell'associazionismo comunale.

Il ragionamento prende avvio dalle funzioni, ritenendo la Corte che sia prioritario valutare se esse si presentino come funzioni esclusivamente di coordinamento di quelle già assegnate ai comuni, oppure se implicano scelte politiche aventi una diretta ricaduta sulla vita dei cittadini residenti. Il punto di partenza della Corte appare del tutto condivisibile, posto che la corretta ricostruzione delle funzioni costituisce un *primum* imprescindibile dal quale partire per immaginare un'organizzazione, comprese le cariche politiche, che sia ad esse servente<sup>27</sup> e, in ultima analisi, strumentale alla soddisfazione dei diritti dei cittadini<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> S. STAIANO, Intervento al convegno *La sentenza 240 del 2021: la Corte costituzionale e la legge Delrio* – Roma, 20 dicembre 2021.

<sup>26</sup> In senso critico M. CECCHETTI, M. CECCHETTI, *Prime osservazioni sulla sentenza n. 240 del 2021: gli enti di area vasta nell'ordinamento costituzionale tra passato, presente e futuro*, cit.

<sup>27</sup> Sempre valido l'insegnamento di M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni* in *Amministrazione civile*, II, 23, 1959, 11 ss., ripubblicato in M.S. GIANNINI, *Scritti*, volume IV, 2004, 719 ss.

<sup>28</sup> U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, 1996, 349.

La Corte individua, dunque, due “abbinamenti”: funzioni di coordinamento, assenza di responsabilità politica, meccanismo automatico di designazione da una parte; funzioni di amministrazione attiva, responsabilità politica, rappresentatività dall'altra parte. Posto che le città metropolitane non svolgono funzioni di mero coordinamento delle funzioni comunali, il ricorso ad un meccanismo automatico di designazione del sindaco metropolitano si porrebbe, a giudizio della Corte, in contrasto con la Costituzione, non garantendo, neanche in via indiretta, la rappresentatività dell'organo di vertice. Egli infatti si collocherebbe fuori dal circuito della responsabilità politica, non avendo il dovere di rispondere del proprio operato ad una parte della collettività amministrata, che, da parte sua, non potrà esprimersi fattivamente sul suo operato.

A tale argomentazione la Corte ne aggiunge una seconda, ricorrendo al principio di uguaglianza del voto e ripartendo dalla mancata approvazione della riforma costituzionale che avrebbe dovuto abolire le province. Queste, avverte la Corte, a seguito della mancata abolizione, hanno via via ampliato, quantitativamente e qualitativamente, il fascio di funzioni loro affidato. Pertanto, a parità di funzioni, laddove per parità si intende fare riferimento al loro profilo qualitativo, ossia alla natura attiva e non di mero coordinamento, i cittadini residenti nella città metropolitana sarebbero discriminati rispetto a quelli residenti nelle province. A questi ultimi, infatti, a prescindere dal comune di residenza, è data la possibilità di esprimere l'organo politico di vertice dell'ente, diversamente dai residenti nella città metropolitana, per i quali tale possibilità è limitata ai residenti nel comune capoluogo.

In definitiva, la non aderenza alla Costituzione dell'automatismo, sotto il profilo dell'uguaglianza del voto, sarebbe ora rilevabile, diversamente che nel 2015, in considerazione degli sviluppi che hanno interessato l'ente provinciale, a partire dalla sua mancata abolizione e quindi dall'ampliamento delle funzioni ad esso affidate.

Da un'altra prospettiva, non si può non rilevare che se un problema di disuguaglianza nell'espressione del voto si pone, già all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 56/2014, essa sembra più riguardare, all'interno della città metropolitana, i cittadini residenti nei comuni non capoluogo rispetto a quelli residenti nel capoluogo. La scelta del sindaco da parte di questi ultimi ha, rispetto ai primi, una doppia valenza: eleggere il proprio sindaco; determinare la designazione del sindaco metropolitano. Di contro, porre un problema di disuguaglianza del voto tra cittadini residenti nella città metropolitana e cittadini residenti nella provincia, presuppone l'assimilazione tra i due enti, che, seppure entrambi di area vasta, e anche a fronte dell'ampliamento delle funzioni provinciali, ricordato dalla Corte, non sembra si possano ragionevolmente sovrapporre<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. A. STERPA, “Le città (metropolitane) invisibili”: perché non possono coesistere due modelli diversi di area vasta? A proposito della sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3, 2022.

## 6. *Le soluzioni prospettabili*

Nelle sue considerazioni finali la Corte ribadisce che le soluzioni non possono che rientrare nella discrezionalità del legislatore, il quale dovrà riparare al *vulnus* evidenziato dovendosi garantire, sia la rappresentatività dell'organo di vertice della città metropolitana, sia la responsabilità politica. Dunque conclude sollecitando un intervento legislativo "in grado di scongiurare che il funzionamento dell'ente metropolitano si svolga ancora a lungo in una condizione di non conformità ai richiamati canoni costituzionali di esercizio dell'attività politico-amministrativa", senza perdere tuttavia l'occasione per indicare, pur incidentalmente e a titolo d'esempio, qualcuna delle soluzioni prefigurabili: l'elezione, diretta o indiretta, del sindaco metropolitano; l'introduzione di raccordi fiduciari tra quest'ultimo e l'organo consiliare.

Posto che il legislatore dovrà tener conto della sentenza della Corte e delle sue indicazioni, sembra che si possano considerare alcuni punti fermi dai quali partire.

La Corte fa riferimento al necessario carattere rappresentativo dell'organo, ma non indica esclusivamente il modello dell'elezione diretta; al contrario menziona, tra le soluzioni prefigurabili, l'elezione del sindaco metropolitano, senza specificare il carattere diretto o indiretto. Una scelta certamente legittima potrebbe dunque dirigersi verso l'elezione di secondo grado.

Se ciò è vero, occorre ricordare che la sentenza, assumendo quale momento propedeutico alla scelta delle soluzioni organizzative, un'attenta analisi delle funzioni e della loro natura, ci suggerisce un metodo e ci offre un'altra prospettiva dalla quale partire. Se la considerazione dell'attività deve logicamente precedere ogni soluzione sull'assetto degli organi, l'opzione riguardante il sindaco metropolitano non potrà prescindere dalla considerazione delle finalità che connotano la città metropolitana, dalla logica efficientista che la ispira, ma soprattutto non potrà trascurare il ruolo trainante che riveste il comune capoluogo e la sua centralità per l'organizzazione dell'intera area.

Riconsiderare l'ipotesi dell'elezione, diretta o indiretta, rischia di creare uno scollamento tra vertice dell'ente e comune capoluogo, il quale, stante le finalità e le funzioni della città metropolitana, non può non avere un ruolo di guida nella governance dell'intera area. Da quest'angolo visuale appare del tutto opportuno che il sindaco metropolitano coincida con il sindaco del comune capoluogo, centro propulsore ai fini della pianificazione strategica e della definizione delle linee di sviluppo da imprimere al territorio.

Da altro punto di vista i comuni appartenenti all'area, diversi dal capoluogo, rischiano di restare fuori dai processi decisionali, di "subire" le scelte del governo metropolitano<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Così V. CERULLI IRELLI, *Relazioni tra città metropolitane e comuni*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) Cfr. sul punto le opposte opinioni di A. SPADARO, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, cit., favorevole ad

Invero, l'automatica corrispondenza del sindaco metropolitano con il sindaco del comune capoluogo trova già nella stessa legge n. 56/2014 alcuni "correttivi"<sup>31</sup>.

Il primo, come ha ricordato la Corte, è costituito dalla possibilità che lo statuto della città metropolitana preveda l'elezione diretta del sindaco, opzione rimasta sulla carta anche per l'assenza di una legge statale che ne disciplini il relativo procedimento elettorale. Si tratta di un elemento di flessibilità, rispetto alla disciplina legislativa, che può rappresentare una soluzione, ad esempio, in quelle realtà nelle quali la coincidenza tra sindaco del comune capoluogo e sindaco metropolitano si percepisce come una forzatura in ragione dell'assenza, anche dal punto di vista dell'entità della popolazione residente, di un ruolo di effettiva preminenza del comune capoluogo<sup>32</sup>.

Il secondo correttivo è anch'esso rimesso allo statuto, al quale la legge affida il compito di completare il quadro delle competenze degli organi fondamentali, potendo, per questa via, incidere sul peso di ciascun organo e, in ultima analisi, sulla stessa forma di governo<sup>33</sup>. Nella specie, la legge dispone che il sindaco metropolitano, così come il consiglio metropolitano, esercitano, in aggiunta alle funzioni stabilite dalla legge, "le altre funzioni attribuite dallo statuto". Anche la più puntuale conformazione della conferenza metropolitana spetta alla fonte statutaria. La legge le affida poteri propositivi e consultivi "secondo quanto disposto dallo statuto" (comma 8). Ancora, le deleghe che il sindaco metropolitano potrà assegnare ai consiglieri avverranno "secondo le modalità e i limiti stabiliti dallo statuto".

In una certa misura, la circostanza che il sindaco metropolitano sia espressione dei soli cittadini residenti nel comune capoluogo potrebbe trovare un bilanciamento nel rafforzamento, ad opera della fonte statutaria, del ruolo della conferenza e del consiglio, entrambi rappresentativi di tutte le realtà comuna-

---

una elezione diretta del sindaco metropolitano e F. PINTO, *Le città metropolitane in Francia e in Italia o delle convergenze parallele. Perché mi piace il sistema italiano*, in *www.federalismi.it*, 3, 2014, per il quale è del tutto ragionevole la coincidenza automatica tra sindaco metropolitano e sindaco del comune capoluogo.

<sup>31</sup> Già L. BENVENUTI, *Riflessioni in tema di città metropolitana*, in *www.federalismi.it*, 5, 2013, esprimendosi in senso favorevole all'automatismo, parlava di eventuali antidoti.

<sup>32</sup> Si pensi ad esempio a Torino e Firenze, dove risiedono circa un terzo dei cittadini dell'area metropolitana. Tuttavia, è evidente che il dato della popolazione residente va valutato in relazione ad altre variabili, non essendo di per sé determinante a mettere in discussione il ruolo preminente del comune capoluogo.

<sup>33</sup> Sull'autonomia normativa locale e sulla necessità di rileggere il sistema delle fonti, I. M. MARINO, *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Palermo, 2008, ripubblicato in M. MARINO, *Scritti giuridici*, Napoli, vol. II, 2015, 1219 ss.; F. GIGLIONI, *La riforma del governo di area vasta tra eterogenesi dei fini e aspettative autonomistiche*, in *www.federalismi.it*, 1, 2014, secondo cui le fonti di disciplina della città metropolitana si apprestano ad essere la legge statale e la fonte statutaria, mentre appare sempre più estromessa la volontà delle singole regioni.

li<sup>34</sup>. La presenza di tali correttivi, tuttavia, appare del tutto eventuale. L'ampia discrezionalità attribuita agli statuti non assicura che tale bilanciamento ci sia e sia in grado di eliminare il *vulnus* evidenziato dalla Corte. Perciò è auspicabile un intervento del legislatore che renda obbligatoria, e non discrezionale, la disciplina statutaria di alcuni snodi essenziali riguardanti gli organi di governo e i loro rapporti, e che, al tempo stesso, dia delle indicazioni essenziali, per esempio, come suggerisce la Corte nella sentenza n. 240/2021, l'esistenza di un rapporto fiduciario che leghi sindaco e consiglio<sup>35</sup>. Insomma una discrezionalità certamente, ma limitata nell'an e nel quid.

### 7. *Le forme di democrazia partecipativa quale tassello essenziale per una legittimazione democratica della città metropolitana*

Accanto alla ricerca di un equilibrio tra organi rappresentativi e organo designato, e partendo dal presupposto che il momento elettorale costituisce solo uno fra i tanti modi attraverso cui si esprime la sovranità popolare<sup>36</sup>, sebbene possa considerarsi ancora, e nonostante la crisi dei partiti, il più importante<sup>37</sup>, la

---

<sup>34</sup> Interessante, a tal proposito, quanto rileva L. VANDELLI, *L'autonomia locale di fronte ai processi di razionalizzazione*, cit.: "Si pensi, ancora, alla Francia, dove vi sono ben 36.600 comuni, per lo più piccoli borghi di cento, centocinquanta abitanti. Si scoprirà come per i sindaci di quei piccoli comuni francesi non è importante l'esercizio della funzione amministrativa in sé, quanto piuttosto la capacità rappresentativa delle esigenze e delle istanze territoriali, che il diverso livello di governo (sia esso una forma associativa, la prefettura, il dipartimento o la regione) è poi deputato a realizzare. Non è un caso, del resto, che la Francia si presenti come lo Stato europeo che ha rifiutato e abbandonato più nettamente e rapidamente l'ipotesi delle fusioni, a favore delle associazioni tra comuni e della c.d. intercommunalité".

<sup>35</sup> Sul rapporto tra sindaco e consiglio F. PATRONI GRIFFI (*Città metropolitana: per un nuovo governo del territorio*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu), 2014) avverte, tuttavia, la possibilità di uno squilibrio a favore del consiglio: "Nella diachria tra sindaco e consiglio, il rapporto di forza fra sindaco metropolitano e consiglio metropolitano sembra andare nella direzione di un'accentuazione della centralità del consiglio ... con la potenziale, pericolosa coesistenza di un sindaco e consiglio metropolitano, espressioni di forze e con visioni politiche tra loro contrapposte". Quanto ai rischi di una forma di governo Assembleare, secondo l'A. spetta allo statuto introdurre "correttivi" che bilancino i poteri del consiglio. Tra questi la possibilità che il sindaco possa nominare tra i consiglieri metropolitani un vicesindaco e possa assegnare deleghe ai consiglieri metropolitani, nel rispetto del principio di collegialità. Si tratta di "strumenti che consentirebbero di costituire una sorta di "Gabinetto", comunque legato al sindaco, e che al contempo ne rafforzino i rapporti con il consiglio metropolitano".

<sup>36</sup>V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 91 ss.

<sup>37</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017; G. PASQUINO, *Partiti, istituzioni, democrazie*, Bologna, 2014.

legittimazione democratica degli organi della città metropolitana può trovare altri canali idonei a consolidarla<sup>38</sup>.

Sotto questo profilo, è noto che una democrazia è tanto più matura e pienamente sviluppata quanto più essa appare articolata, trovando espressione, non soltanto nella rappresentanza politica e nelle forme tradizionali di democrazia diretta, entrambe, pur diverse, accomunate dalla “occasionalità”, quanto piuttosto nella stabile e costante partecipazione dei cittadini al dibattito politico e alle decisioni che li riguardano<sup>39</sup>.

L’art. 1 commi 10 e 11 della legge n. 56/2014<sup>40</sup> individua un elenco di materie di competenza dello statuto della città metropolitana e, diversamente da quanto previsto dal TUEL con riferimento ai comuni e alle province<sup>41</sup>, non menziona le forme di partecipazione tra le materie oggetto di disciplina statutaria<sup>42</sup>. Vero

---

<sup>38</sup> Cfr. A. LUCARELLI, *La città metropolitana. Ripensare la forma di stato ed il ruolo di regioni ed enti locali: il modello a piramide rovesciata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13, 2014, per il quale occorre costruire “Un diritto pubblico che sappia svincolarsi definitivamente da quanti sostengono che la democrazia della rappresentanza sia l’unica forma di democrazia fedele al dettato costituzionale, non riconoscendo dignità autonoma agli strumenti della democrazia diretta e partecipativa, anche nelle sue forme spontanee e non strutturate”; *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. BILANCIA, Torino, 2018; P. MARZARO, *Partecipazione consapevole e giusto procedimento di pianificazione*, in *Nuove autonomie*, 1, 2020, 5 ss.

<sup>39</sup> Sulla varietà delle forme di partecipazione, sui relativi caratteri U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, a cura di U. ALLEGRETTI, Firenze, 2010.

<sup>40</sup> L’art. 1 comma 10 stabilisce che “Nel rispetto della presente legge lo statuto stabilisce le norme fondamentali dell’organizzazione dell’ente, ivi comprese le attribuzioni degli organi nonché l’articolazione delle loro competenze”. Segue, al successivo comma 11, un ampio elenco di materie. Lo statuto, in particolare, dovrà: regolare le modalità e gli strumenti di coordinamento dell’azione complessiva di governo del territorio metropolitano; disciplinare i rapporti tra i comuni e le loro unioni facenti parte della città metropolitana, prevedendo anche forme di organizzazione in comune, eventualmente differenziate per aree territoriali; prevedere la costituzione di zone omogenee, per specifiche funzioni e tenendo conto delle specificità territoriali.

<sup>41</sup> Si tratta di materie afferenti al contenuto obbligatorio dello statuto, fatta eccezione per i referendum. Ai sensi dell’art. 8 del TUEL, rubricato “Partecipazione popolare”, “I comuni, anche su base di quartiere o di frazione, valorizzano le libere forme associative e promuovono organismi di partecipazione popolare all’amministrazione locale. I rapporti di tali forme associative sono disciplinati dallo statuto” (comma1). “Nello statuto devono essere previste forme di consultazione della popolazione nonché procedure per l’ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi e devono essere, altresì, determinate le garanzie per il loro tempestivo esame. Possono essere, altresì, previsti referendum anche su richiesta di un adeguato numero di cittadini” (comma3). “Lo statuto, ispirandosi ai principi di cui alla legge 8 marzo 1994, n. 203 e al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, promuove forme di partecipazione alla vita pubblica locale dei cittadini dell’Unione europea e degli stranieri regolarmente soggiornanti” (comma5).

<sup>42</sup> Sotto questo profilo, la legge regionale siciliana n. 15/ 2015 opportunamente prevede, per gli statuti dei liberi consorzi e delle città metropolitane, l’obbligo di disciplinare “gli istituti di partecipazione dei cittadini, compreso il referendum abrogativo, consultivo e propositivo,

è che l'elenco non può considerarsi esaustivo e che, peraltro, ai sensi dell'art. 1 comma 50 della l. n. 56/2014 "Alle città metropolitane si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni in materia di comuni di cui al testo unico"<sup>43</sup>. Tuttavia, è legittimo ritenere che la mancata menzione non costituisca una dimenticanza, né un implicito rinvio alle norme del TUEL.

L'ente intermedio, nell'intenzione del legislatore, si colloca all'interno di una visione funzionale più ad una razionale e coerente organizzazione dell'attività dei comuni insistenti sul territorio, che non a un livello di democrazia locale espressione della comunità metropolitana. Come si legge nella relazione al disegno di legge, la missione delle città metropolitane è quella di "porsi alla testa della ripresa dello sviluppo e del rilancio del nostro sistema economico e produttivo", sicché diventa indispensabile "operare in una prospettiva capace di guardare al futuro più che al presente e pensare in grande più che avere a cuore la peraltro legittima difesa delle comunità minori"<sup>44</sup>.

La decisione della Corte n. 240/2021 ci obbliga, tuttavia, a "ritoccare" questa visione dell'ente metropolitano e orienta l'auspicato intervento del legislatore verso la ricerca del giusto equilibrio tra esigenze efficientistiche e istanze di democraticità<sup>45</sup>.

La valorizzazione delle forme di democrazia partecipativa, pur con i "dilemmi" che la circondano<sup>46</sup>, costituirebbe un elemento di compensazione, andando a bilanciare sia l'elezione indiretta del consiglio metropolitano, sia, ancor più, la designazione automatica del sindaco, e creerebbe quei necessari canali di comunicazione tra cittadini e organi di governo, funzionali ad una più ampia

l'iniziativa popolare di deliberazioni e l'istruttoria pubblica di provvedimenti di interesse generale, le forme di democrazia partecipativa, con modalità che assicurino il rispetto della partecipazione dei cittadini residenti e delle comunità locali nelle decisioni di loro specifico interesse". La disposizione, peraltro, in modo innovativo, e in ragione delle nuove realtà territoriali e delle loro articolazioni, dispone che le forme di democrazia partecipativa dovranno assicurare "il rispetto della partecipazione dei cittadini residenti e delle comunità locali nelle decisioni di loro specifico interesse".

<sup>43</sup> Non si tratta di conformare la disciplina delle città metropolitane a quella già prevista per le Province e per i Comuni dalla l. n. 142 e poi dal TUEL in un'ottica ristretta e poco incline ai cambiamenti, come teme F. PIZZETTI, *Città metropolitane e nuove province. La riforma e la sua attuazione*, in *www.astrid-online.it*, 13, 2014, quanto di consentire, anche e soprattutto all'interno della città metropolitana, un adeguato livello di democraticità.

<sup>44</sup> Relazione al disegno di legge, n. C-1542.

<sup>45</sup> Afferma A. LUCARELLI, *La città metropolitana. Ripensare la forma di stato ed il ruolo di regioni ed enti locali: il modello a piramide rovesciata*, cit., che cita sul punto L. BENVENUTI, *Riflessioni in tema di città metropolitana*, in *www.federalismi.it*, 5, 2013: "occorre costruire modelli di governance capaci di porre in costante equilibrio la dimensione economica con la dimensione sociale, i modelli di democrazia della rappresentanza con quelli della democrazia partecipativa e di prossimità, il ruolo del soggetto pubblico con le istanze partecipative del privato e con la sua naturale propensione a porre in essere iniziative economiche".

<sup>46</sup> L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 11-26.

legittimazione democratica dell'ente metropolitano e delle decisioni dei suoi organi politici.

Una lettura della sovranità popolare, che si ancori alle forme di democrazia partecipativa, oltre che a quelle tipiche della democrazia rappresentativa, ha l'effetto di avvicinare gli organi politici alle richieste dei cittadini, ai loro bisogni, alle loro istanze, e ciò anzitutto, al livello locale, dove lo "spazio pubblico inclusivo"<sup>47</sup> risulta più facilmente fruibile<sup>48</sup>; a renderli più responsabili verso la collettività amministrata, piuttosto che nei confronti dei partiti e delle loro strutture centrali.

Da quest'angolo visuale, si può anzi affermare che equilibrare le forme di democrazia rappresentativa con forme di democrazia partecipativa ha altresì la funzione di mettere al riparo le autonomie locali dai tentativi, più o meno celati, di centralizzazione; di allocare sul territorio, oltre alla titolarità della funzione, il momento nel quale le scelte politiche vengono responsabilmente e concretamente assunte<sup>49</sup>.

## 8. Conclusioni

In conclusione, si può scegliere di puntare sulla rappresentatività degli organi, decidendo, laddove possibile, per l'elezione diretta del sindaco metropolitano, oppure rafforzare il ruolo della conferenza e del consiglio a scapito dell'organo monocratico, per esempio, facendo propria l'indicazione della Corte costituzionale che, nella sentenza n. 240/2021, suggerisce di ricorrere al rapporto fiduciario tra sindaco e consiglio. Si può optare, al contrario, per il rafforzamento delle forme di partecipazione, anche sperimentandone di nuove ed ampliando quelle previste per gli enti locali a partire dalla legge 8 giugno 1990, n. 142<sup>50</sup>.

Si tratta di considerare ciascuna di queste opzioni in rapporto alle altre, senza perdere di vista che la città metropolitana ha una sua specifica vocazione; ad essa spetta assumere le scelte fondamentali riguardanti i servizi, lo sviluppo del territorio, i grandi insediamenti industriali, tutte attività destinate ad avere un impatto diretto sulla vita dei cittadini residenti.

Va infine sottolineato che la ricerca del giusto equilibrio fra le diverse opzio-

---

<sup>47</sup> A. LUCARELLI, *Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Diritto pubblico europeo*, 1, 2015.

<sup>48</sup> Sul rapporto tra autonomia e democrazia I. M. MARINO, *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, cit.

<sup>49</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a L. MACCARRONE, *Profili di riforma e di controriforma nell'attuale assetto delle funzioni amministrative locali*, Torino, 2013.

<sup>50</sup> U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa...cit.*, 25, per il quale nella democrazia partecipativa "il popolo si inserisce nell'esercizio stesso del potere, non nel senso inimmaginabile di sostituire la democrazia rappresentativa e le istituzioni amministrative e di garanzia, ma di accompagnarle con altri dispositivi", in funzione di integrazione e di arricchimento.

ni va condotta scevri dall'idea che vede il rafforzamento delle forme di partecipazione in termini di contrapposizione con le esigenze di efficienza. Si può anzi affermare che compensare il gap di democraticità, legato alla rappresentatività indiretta e al meccanismo automatico di designazione del sindaco, non costituisce l'unico obiettivo della democrazia partecipativa. Da un'altra prospettiva la partecipazione può contribuire a rendere più efficiente la macchina amministrativa grazie al contributo, in fase di valutazione delle opzioni disponibili, di quel "sapere esperto alternativo"<sup>51</sup> tanto più necessario quanto più proveniente da quei soggetti privati destinati, in una fase successiva, a dare concreta attuazione a quelle opzioni<sup>52</sup>.

Occorre perciò valorizzare anzitutto forme di consultazione e partecipazione rispetto a scelte specifiche, in ambiti progettuali e programmatici. Il riferimento è anzitutto alle scelte riguardanti il territorio, le vocazioni di sviluppo, che non possono prescindere dalla volontà dei privati, non solo perché destinatari dell'attività amministrativa, ma spesso anche perché protagonisti nella fase di attuazione e realizzazione degli obiettivi di pubblico interesse.

In questa direzione si realizza e appare di più immediata percezione l'interdipendenza tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale, entrambe affermate nel medesimo art. 118 della Costituzione. La valorizzazione della prima, attraverso un decentramento di funzioni coerente e sistematico, pone le basi perché si realizzino maggiori e più proficui momenti di incontro tra pubblico e privato, contribuendo a dare pienezza ed effettività al principio di sussidiarietà orizzontale<sup>53</sup>.

Si può dire, a conclusione, che agli statuti spetta il compito di specificare i percorsi che portano ad una legittimazione degli organi e delle relative scelte in termini democratici, ma in un quadro che, su invito della Corte, spetterà al legislatore ridefinire.

In sede legislativa e statutaria non si potrà prescindere dal valorizzare meccanismi in grado di assicurare decisioni concordate e forme adeguate di partecipazione, così da coniugare il buon andamento dell'amministrazione, l'efficienza dei servizi, con il principio democratico, che, come dispone l'art. 5 della Costituzione e la Carta Europea dell'autonomia locale, ha nella promozione e valorizzazione dell'autonomia locale, una delle sue più importanti manifestazioni.

---

<sup>51</sup> U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa... cit.*, 32. Sulla partecipazione i contributi sono cospicui. Tra i tanti e nell'ottica di una visione della partecipazione in funzione collaborativa E. CARDI, *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, 1983.

<sup>52</sup> Con specifico riferimento alla pianificazione territoriale F. CIMBALI, *Il tempo della pianificazione territoriale*, Bari, 2019.

<sup>53</sup> Sul principio di sussidiarietà orizzontale G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, comma 4 della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 177 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 2004.

### **Abstract**

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 riapre la questione della designazione del sindaco metropolitano, che coincide automaticamente con il sindaco del comune capoluogo, e ripropone il tema della legittimazione democratica della città metropolitana. Le soluzioni prospettabili si muovono all'interno della diade democrazia rappresentativa democrazia partecipativa, nella consapevolezza che la prima costituisce solo una fra le tante forme nelle quali si esprime la sovranità popolare.

Representative democracy and participatory democracy.  
Thoughts about the metropolitan city after the decision n. 240/2021  
of the Constitutional Court

The recent sentence of the Constitutional Court n. 240/2021 repropose the issue of the metropolitan mayor, who automatically is the mayor of the capital city, and the issue of the democratic legitimacy of the metropolitan city. The possible solutions lie between representative democracy and participatory democracy. In fact, representative democracy is only one of the many forms in which popular sovereignty is expressed.



# Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico ai tempi del Covid-19: orientamenti contrapposti

di Riccardo D'Ercole

SOMMARIO: 1. Introduzione e recenti interventi normativi. – 2. La disciplina normativa e la chiarezza “apparente” dell’art. 56 c.p.a.. – 3. Decreto cautelare monocratico, doppia strumentalità ed effettività della tutela cautelare. – 4. Gli orientamenti favorevoli all’ammissibilità dell’appello avverso il decreto cautelare monocratico.... – 5. ...e quelli contrari. – 6. Riflessioni conclusive.

## 1. *Introduzione e recenti interventi normativi*

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha inciso profondamente su numerosi istituti del processo amministrativo<sup>1</sup>.

Uno dei problemi che si è riproposto – in realtà è sorto già in passato – in tale periodo e su cui l'emergenza ha imposto una riflessione, è sicuramente il tema dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Diversi sono ormai i contributi bibliografici che hanno approfondito il tema dell'emergenza pandemica da Covid-19. In particolare, in relazione alle questioni che si sono poste in riferimento al processo amministrativo, si veda N. PAOLANTONIO *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); C. SALTIELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 3, 2020; F. FRANCIARIO, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; M.A. SANDULLI, *Vademecum sulle ulteriori misure anti Covid-19 in materia di giustizia amministrativa: l'art 84 del decreto "cura Italia"*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it); F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); N. DURANTE, *Il lockdown del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>2</sup> La dottrina in materia di tutela cautelare nel processo amministrativo è davvero sconfinata. Si legga, *ex plurimis*, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo davanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1165 ss.; M.P. CHITI, *La tutela cautelare*, in a cura di A. SANDULLI, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013; D. D'ORSOGNA, *La fase cautelare*, in a cura di F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014; D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001; F. DE LEONARDIS, *La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giurisprudenza amministrativa europea*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, IV, 670 ss.; R. DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in a cura di F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, V. POLI, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2009; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; R. GAROFOLI, M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002; R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010; M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012; S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, II, 609 ss.; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 2491 ss.; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 9, LV e ss.; F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc.*

Sul punto, fin da subito, occorre fare una serie di opportune precisazioni.

Come è ben noto, il periodo emergenziale è stato dichiarato, a seguito del proliferare del Covid-19, il 31 gennaio 2020 dal governo Conte per la durata di 6 mesi (fino al 31 luglio 2020) poi ripetutamente prorogato fino al 31 marzo 2022, data in cui è terminato.

Nell'ambito del biennio 2020-2022 il legislatore si è occupato del settore legato alla giustizia amministrativa con una serie di provvedimenti normativi<sup>3</sup>.

Dapprima, infatti, quando l'emergenza sanitaria era ancora circoscritta a pochi Comuni individuati quale zona rossa, era apparsa misura proporzionata la sospensione dei termini processuali per parti e difensori localizzati in tali Comuni<sup>4</sup>.

Successivamente, atteso il rapido propagarsi della pandemia a tutto il contesto nazionale e la contestuale estensione delle misure più restrittive, è stata prevista una generalizzata sospensione di tutti i termini processuali, dapprima dall'8 al 22 marzo 2020<sup>5</sup> e poi dall'8 marzo al 15 aprile 2020, provvedimento quest'ultimo che, anche per ragioni temporali, ha assorbito il precedente.

Senonché, uno degli istituti maggiormente influenzati da queste misure normative<sup>6</sup>, è stato proprio il processo cautelare, in cui si è stabilita la sostanziale "conversione"<sup>7</sup> della domanda cautelare collegiale in monocratica al presidente del tribunale, con conseguente applicazione del rito previsto dall'art. 56, comma 1 c.p.a che va a sostituire *ex officio* quello ordinario collegiale.

Nel presente contributo, pertanto, saranno analizzati i tre decreti mono-

---

*amm.*, 1983, 310 ss.; A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)* in *Dir. Disc. Pubbl.*, 1999, 372 ss.; R. VILLATA, *La corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 794 ss.

<sup>3</sup> Su cui si veda R. DE NICCOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>4</sup> Art. 10, comma 17, d.l. n. 9/2020.

<sup>5</sup> Attraverso l'art. 3, d.l. n. 11/2020.

<sup>6</sup> Il riferimento è all'art. 84, 1° comma, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, nella l. 24 aprile 2020 n. 27, il quale ha disposto la decisione dei procedimenti cautelari promossi o pendenti tra l'8 marzo e il 15 aprile 2020 con decreto monocratico del presidente o di un magistrato da lui delegato, con il rito di cui all'articolo 56 del codice del processo amministrativo. Con le precisazioni per cui «il decreto è tuttavia emanato nel rispetto dei termini di cui all'articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo, salvo che ricorra il caso di cui all'articolo 56, comma 1, primo periodo, dello stesso codice. I decreti monocratici che, per effetto del presente comma, non sono stati trattati dal collegio nella camera di consiglio di cui all'articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo restano efficaci, in deroga all'articolo 56, comma 4, dello stesso codice, fino alla trattazione collegiale, fermo restando quanto previsto dagli ultimi due periodi di detto articolo 56, comma 4».

Per un primo commento, particolarmente critico, al suddetto intervento normativo si veda F. SAITTA, *Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell'emergenza epidemiologica da Covid-19: chi? come? ma soprattutto, perché?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>7</sup> Si veda F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

cratici<sup>8</sup> emessi nel periodo temporale (dall'8 marzo al 15 aprile 2020) in cui si è posta la questione dell'ammissibilità dell'appello avverso il decreto monocratico.

Si anticipa fin da subito, tuttavia, che la suddetta questione non sorge conseguentemente alle disposizioni normative e processuali introdotte per fronteggiare l'emergenza Covid, essendo tema già conosciuto in dottrina e giurisprudenza per via dei risvolti – prima ancora pratici che teorici – che una simil tematica può porre.

Difatti, si constaterà che, a volte, l'unico strumento per ottenere una tutela processuale giusta ed effettiva, sta proprio nell'autorizzare questa deroga legislativa concedendo al ricorrente l'inedito mezzo d'impugnazione dell'appello anche avverso il decreto monocratico.

Così, con gli occhi dell'osservatore esterno e ora che l'emergenza sanitaria sembra volgere al termine, si rende possibile tracciare un bilancio degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno interessato in questo periodo – e non solo – il tema dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico, per comprendere la *ratio* che ha guidato (essenzialmente la giurisprudenza) a pronunciarsi nell'uno o nell'altro verso.

La suddetta ricostruzione rappresenta, pertanto, lo scopo del presente contributo.

Si precisa inoltre, per ragioni di completezza sistematica, che con l'art. 3 del d.l. n. 85/2022<sup>9</sup>, si è tracciata un'ideale linea di continuità rispetto alle esigenze di speditezza già manifestate dal legislatore in precedenza: difatti, in ragione della priorità che si vuole riconoscere alle controversie che interessano l'attuazione del PNRR, in caso di proposizione del ricorso con contestuale accoglimento dell'istanza cautelare «il tribunale amministrativo regionale, con la medesima ordinanza, fissa la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza».

Viceversa, nel caso in cui un'istanza cautelare non sia stata proposta o, nel caso in cui l'istanza cautelare, pur proposta, non sia stata concessa, non vi è dovere, in capo al giudice, di fissare l'udienza di merito.

## 2. *a disciplina normativa e la chiarezza “apparente” dell'art. 56 c.p.a.*

Naturale punto di partenza è la norma che legittima il giudice amministrativo ad adottare tale provvedimento: l'articolo 56 c.p.a.<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Ci si riferisce a Cons. Stato, decr., Sez. VI, 23 marzo 2020, n. 1343; Cons. Stato, decr., Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553; Cons. Stato, decr., Sez. III, 31 marzo 2020, n. 1611, tutti in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>9</sup> Per un'analisi più approfondita dei profili di novità introdotti dal d.l. 85/2022, si veda F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in *www.giustiziasieme.it*. In giurisprudenza, invece, TAR Lazio, sede di Roma, sez. II, ord., 15 luglio 2022, n. 4602, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>10</sup> Si intendono qui integralmente richiamati i riferimenti bibliografici contenuti in nota

Esso, come è noto, fa riferimento a tutti quei casi in cui l'attesa della camera di consiglio – e quindi dell'ordinario procedimento cautelare di cui all'art. 55 c.p.a. – andrebbe a pregiudicare o vanificare la speranza – e quindi l'effettività – di tutela del ricorrente.

Si prevede così che il presidente del tribunale (o un magistrato da lui delegato) possa provvedere con decreto motivato adottato *inaudita altera parte* e con efficacia limitata: il suo “fine-vita” è segnato proprio dalla camera di consiglio, sede in cui tale decreto deve essere confermato – e verrà quindi sostituito dall'ordinanza collegiale di cui all'art. 55 c.p.a. – oppure perderà di validità.

Si tratta comunque di un profilo diverso rispetto alla questione della sua impugnabilità atteso che le due disposizioni operano su piani differenti: un conto è parlare di perdita di efficacia di una decisione se non confermata, altro è analizzare l'eventuale legittimazione ad impugnare la decisione stessa.

Stando al dato normativo, il legislatore ha preso posizione sulla questione: il comma 2 dell'art. 56 c.p.a. stabilisce espressamente che il decreto (di cui al comma 1) è sì motivato<sup>11</sup> ma non impugnabile; tanto è vero che il successivo comma 4 aggiunge, come già ribadito, che solo in caso di accoglimento nella successiva camera di consiglio, la misura cautelare mantiene – *rectius* consolida – la propria efficacia; altrimenti viene irrimediabilmente travolta se il collegio non provvede sulla domanda cautelare. Si ricordi, inoltre, che il provvedimento resta comunque sempre revocabile o modificabile su istanza di parte.

È questo un aspetto che la c.d. tutela cautelare *in causa* condivide con il decreto monocratico *ante causam* di cui all'art. 61 c.p.a. e che allo stesso modo è inappellabile: semmai, in quest'ultimo caso si può riproporre la domanda cautelare con il procedimento ordinario nell'ipotesi di rigetto del decreto *ante causam*, diversamente da quello *in causa* su cui deve necessariamente provvedere il collegio secondo l'ordinario procedimento: solo in caso di accoglimento sarà possibile chiedere la revoca o la modifica dei decreti monocratici<sup>12</sup>.

---

n.2, ai quali può aggiungersi, con specifico riferimento alla cautela monocratica, M.V. LUMETTI, *La graduazione dell'urgenza, la prognosi sommaria e i casi di “fumus” qualificato nel codice processuale amministrativo*, in *Giust.Amm.it*, 2013, II, 9; ID., *Il procedimento minicautelare*, in *Giust.Amm.it*, 2013, II, 12; M. PALMA, *L'esecuzione dei decreti cautelari monocratici del giudice amministrativo tra interpretazione letterale ed effettività della tutela, in federalismi.it*.

<sup>11</sup> E non potrebbe essere altrimenti atteso che l'art. 111 comma 6 Cost espressamente stabilisce che tutti i provvedimenti devono essere motivati nel senso che il giudice debba dare conto del procedimento logico-giuridico, attraverso il quale è pervenuto alla decisione. Sul punto si veda, tra molti, S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; ID., (voce), *Giusto processo* (dir.proc.amm.), in *Enc.dir.*, Annali, vol. II; E. PICOZZA, *Il “giusto” processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, V-VI, pt.2, 1061-1082; M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e “civiltà”*, in a cura di D. DELLA CANANEA, M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss.

<sup>12</sup> Così E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in a cura di F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 381.

*A fortiori*, l'inappellabilità dei suddetti decreti cautelari si ricava anche implicitamente dall'art. 62 c.p.a. nella parte in cui si legge che l'appello al Consiglio di Stato è ammesso nei soli confronti delle ordinanze cautelari<sup>13</sup>.

Ragionando, *a contrario*, esso sarebbe radicalmente escluso per i provvedimenti di cui agli articoli 56 e 61 c.p.a. dato che questi ultimi rivestono la forma del decreto monocratico e non di certo dell'ordinanza.

Alla luce del ricordato quadro normativo, emerge, quindi, una prima importante considerazione: la tutela cautelare monocratica ha, per sua stessa natura, un carattere precario e provvisorio proprio perché destinata a perdere efficacia se non confermata.

Viene evocato così uno dei pilastri della tutela cautelare nel processo amministrativo: il principio di strumentalità.

### 3. *Decreto cautelare monocratico, doppia strumentalità ed effettività della tutela cautelare*

La provvisorietà di cui si è appena detto permette di ancorare il decreto cautelare alla tutela collegiale. Anzi, il decreto è strettamente dipendente ad essa nel senso che etimologicamente si deve attribuire a tale aggettivo: dipende nel senso che senza essa, viene meno; se non confermata dal collegio, il decreto viene irrimediabilmente caducato, è *tamquam non esset*.

A ben vedere, può quindi affermarsi con maggior enfasi rispetto alla cautela collegiale, che la storia del decreto cautelare monocratico sia la storia della sua strumentalità rispetto alla tutela cautelare collegiale<sup>14</sup>.

E se è vero – come è vero – che, a sua volta, l'ordinanza cautelare collegiale (adottata, quindi, secondo il procedimento ordinario di cui all'art. 55 c.p.a.) sia strumentale rispetto alla decisione di merito, allora sarà possibile affermare che nel caso di decreto cautelare si è in presenza di una strumentalità “al quadrato”, doppia rispetto *in primis* all'ordinanza cautelare, *in secundis* alla sentenza di merito.

La strumentalità<sup>15</sup> ed interinalità del provvedimento cautelare individuano

<sup>13</sup> Cfr. G. Morbidelli, *Codice della giustizia amministrativa*, 2015, 614 ss.

<sup>14</sup> Si veda in proposito, V. FANTI, *L'appellabilità del decreto monocratico nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2021, 2; I. GENUESI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

<sup>15</sup> Anche in tal caso la dottrina è sconfinata, si veda, tra gli altri, E.M. BARBIERI, *Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, 3173 ss.; E. FOLLIERI, *Strumentalità ed efficacia ex tunc dell'ordinanza di sospensione*, in *Giur. it.*, 1985, III, 96 ss.; F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto propulsivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, III, 856 ss.; M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive “strumentali” e tutela cautelare degli interessi procedurali pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, II, 812 ss.

In particolare, si legga P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, il quale, nel definire la strumentalità come principio ontologico e intrinseco

due dei principi più rilevanti che governano il processo cautelare, in tal specie quello amministrativo.

La strumentalità è definita come l'ontologica ed ineliminabile relazione esistente tra la fase cautelare e la fase di merito, nel senso che la misura cautelare, per la sua celerità, deve essere idonea ad assicurare *medio tempore* gli effetti della decisione sul ricorso; di qui l'assoluta ed indefettibile simmetria che deve sussistere tra l'utilità che può essere conseguita a seguito della pronuncia cautelare e quella che potrebbe essere conseguita a seguito della pronuncia di merito.

L'interinalità è, invece, la naturale provvisorietà della misura cautelare – a maggior ragione nel caso del decreto cautelare monocratico – destinata a perdere ogni effetto con la definizione del merito del giudizio, qualunque sia la tipologia di sentenza adottata, sia che si tratti di una sentenza di merito, sia che si tratti di una sentenza di cessazione della materia del contendere o di improcedibilità<sup>16</sup>.

Tali principi sono consolidati dalla stessa giurisprudenza, la quale ritiene che «la tutela cautelare non è la rimozione di un ostacolo procedurale interposto dall'amministrazione ma è solo l'effetto della protezione interinale di una posizione giuridica, in guisa che il tempo del processo non abbia a compromettere definitivamente le utilità cui il ricorrente aspira» e in ciò risiede il sunto dei principi che governano il processo cautelare: come affermato, la provvisorietà, l'interinalità e l'effettività della tutela giurisdizionale.

Delle prime due, si è già detto<sup>17</sup>, per l'ultima occorrono ulteriori argomentazioni.

---

all'interno della disciplina cautelare stessa, affermava che «il criterio in base al quale i provvedimenti cautelari si distinguono da quelli non cautelari (denominati principali) non è un criterio attinente al contenuto; la loro peculiare caratteristica va ricercata in quel rapporto di strumentalità che lega ineliminabilmente ogni provvedimento cautelare ad un provvedimento principale, il rendimento pratico del quale si trova, in virtù del primo, agevolato ed assicurato in anticipo».

<sup>16</sup> Così afferma R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Foro amm.*, 2015, III, 979 e aggiunge che «tali caratteri sono scolpiti, tra l'altro, dal primo comma dell'art. 55 c.p.a. che richiede l'allegazione di pregiudizio grave e irreparabile “durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso” e prevede l'emanazione di misure idonee “ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”».

<sup>17</sup> In dottrina, si legga anche A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1999, 377, il quale afferma che «i limiti del potere del giudice amministrativo, in sede cautelare, vanno identificati in funzione del risultato che può essere conseguito dal ricorrente attraverso l'accoglimento del ricorso: in altre parole non è ragionevole l'assegnazione, in via cautelare, di utilità che sopravanzano quelle configurabili alla stregua dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo. La sospensione di un provvedimento negativo non può consistere quindi in una misura positiva che assegni al ricorrente più di quanto gli spetterebbe in base alla sentenza di annullamento». Proprio Aldo Travi è stato – ed è tuttora – uno dei più grandi sostenitori della strumentalità della cautela rispetto al merito; lo stesso, difatti, ha più volte, nei suoi numerosissimi elaborati in tema, ribadito che il principio di strumentalità è giustificazione della tutela cautelare nel processo amministrativo. Lo scopo della tutela è infatti quello di determinare un assetto interinale, in modo da evitare che l'interesse di una parte possa essere irreparabilmente compromesso dalla natura

L'effettività della tutela giurisdizionale è definita come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la

---

del giudizio. Difatti, esorbiterebbe da qualsiasi logica, avere una tutela cautelare che producesse effetti definitivi, perché altrimenti verrebbe meno l'utilità del giudizio di merito e usurperebbe uno spazio che da sempre è riservato ad un provvedimento definitivo: la sentenza.

Ancora in dottrina si veda E.M. BARBIERI, *Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo*, cit., 3175, il quale afferma che «da costante coscienza della provvisorietà e della strumentalità della misura cautelare consente, di evitare il rischio, sempre presente, di concepire le misure cautelari come provvedimenti sommari, a contenuto satisfattivo e con funzione alternativa rispetto al normale giudizio amministrativo».

Corollario del principio della strumentalità, è quello della continenza in forza del quale la misura cautelare non potrebbe apportare utilità maggiori al ricorrente rispetto a quelle ottenibili grazie all'accoglimento del ricorso di merito.

Sulla continenza della tutela rispetto al merito, si veda, in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2008, n. 3806, in *Foro amm.-Cds*, 2008, VII-VIII, 2089, sulla base della quale «l'esito della fase cautelare scaturisce da una sommaria deliberazione – propria di questa fase – della controversia ed allo stato delle produzioni, deduzioni e contrapposte difese scritte e orali, con la conseguenza che tale esito non vincola di certo il giudice nella successiva fase di trattazione del merito, che perciò ben può concludersi in senso diverso a seguito di approfondito esame, anche sulla base di ulteriori produzioni, memorie e discussione delle parti»; anche Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2006, n. 1791, in *Foro amm.-Cds*, 2006, IV, 1128, che definisce la continenza come «la circostanza per cui la misura cautelare non può, di regola, comportare effetti ulteriori (che eventualmente sono determinati solo dalla successiva fase di esecuzione) rispetto a quelli determinati dall'esito positivo del giudizio di merito (tradizionalmente la sospensione rispetto all'annullamento, ma oggi la tutela cautelare è consentita come rimedio generale e in via atipica)»; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 1 marzo 2017, n. 1185, in *Redazione Giuffrè amministrativo 2017*, per cui «nel processo amministrativo, la pronuncia cautelare, quale che sia il suo contenuto, è assorbita in quella che definisce il merito della domanda cui accede, attesa la natura accessoria, interinale e continente della tutela cautelare medesima».

Dalla strumentalità della tutela rispetto al giudizio di merito, deriva anche l'ulteriore conseguenza della perfetta autonomia tra le due fasi di giudizio. Sul punto, la giurisprudenza è ormai consolidata; basti leggere le sentenze del Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2003, n. 7864; Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2011, n. 2907; TAR Lazio, sede di Roma, sez. III, 25 giugno 2018, n. 7074, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nelle quali si legge che «il processo cautelare costituisce fase autonoma e distinta nell'ambito del giudizio di impugnazione, non in grado di consumare il rapporto processuale principale e senza, quindi, che l'eventuale sospensione del provvedimento impugnato – destinata ad avere efficacia solo fino alla decisione di merito, al fine di evitare effetti negativi irreversibili prima di tale decisione – possa determinare cessazione della materia del contendere o improcedibilità dell'impugnativa»; si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 2010, n. 3165, in *Foro amm.-Cds*, 2010, V, 1024, per cui: «nel processo amministrativo la fase cautelare è autonoma e distinta rispetto al giudizio di impugnazione e non è idonea ad esplicare effetti sul rapporto processuale principale; deve quindi escludersi che la fissazione della camera di consiglio per la discussione della richiesta di sospensiva, e la relativa decisione, possano consumare la domanda di fissazione d'udienza presentata per la discussione della causa nel merito; d'altra parte, fin quando l'istanza di fissazione di udienza non abbia consumato i suoi effetti, non comporta perenzione del ricorso la mancata effettuazione di atti, ancorché protrattasi per oltre due anni».

soddisfazione dell'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto<sup>18</sup>.

Tale principio è delineato nel codice del processo amministrativo all'art. 1 che va inquadrato secondo le disposizioni costituzionali ed europee. Queste ultime, in particolare per il tramite dell'opera pretoria della Corte di Giustizia e della Corte Edu<sup>19</sup>, più delle altre, lo hanno valorizzato consentendogli di acquisire carattere giuridico e assurgendo a parametro valutativo dei rimedi di tutela delle situazioni sostanziali<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Così afferma R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, V, 1727. Sul principio di effettività della tutela si legga, tra gli altri, M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); S. GIACCHETTI, *Giustizia amministrativa alla ricerca dell'effettività smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, III, 459 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, IV, 517 ss.; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nelle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, III, 523 ss.; F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, IX, 2779 ss.; M. A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, testo della Relazione tenuta al convegno su "Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo", Gaeta, 22 maggio 2009, in *giustamm.it*, n. 9/2009; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa in www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>19</sup> Sull'influenza del diritto e della giurisprudenza comunitaria ed internazionale verso l'affermazione del principio di effettività della tutela, si veda, per tutti, C. FELZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, III, 758-800

<sup>20</sup> Si veda, S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, IV, 1398, il quale sostiene che «È bene premettere sin d'ora che il principio dell'effettività della tutela, almeno per come è declinato in Europa, sembra riprendere e dare forza agli studi del Chiovenda, in quanto l'effettività è assunta soprattutto nell'accezione della idoneità a comportare l'attribuzione al soggetto leso di ciò che gli spetta alla stregua del diritto sostanziale. Il principio dell'effettività della tutela, dunque, è innanzi tutto un obiettivo che si pone il legislatore, e, cosa importante da sottolineare, ha un ambito oggettivo e soggettivo di applicazione ben chiaro. L'ambito oggettivo non si sostanzia soltanto nella disciplina processuale, ma anche e soprattutto nella tutela concretamente erogabile dal giudice; l'ambito soggettivo va inquadrato intorno ai poteri conferiti alle parti del processo, intese sia in senso formale che sostanziale. Intesa in tale accezione, si deve rilevare che l'effettività della tutela è "la misura" di valutazione, e dunque l'"indice", di quanto un ordinamento giudiziario riesce a garantire tutela a coloro che si rivolgono agli organi di giustizia.

Nel momento in cui l'effettività è misura di valutazione, occorre individuare i principi che la integrano: questi sembrano essere i principi che rendono un processo giusto ed efficace, i quali, insieme considerati, forniranno la misura dell'effettività.

È evidente che una volta affermati tali principi questi dovranno essere poi tradotti in norme cogenti.

Pertanto, la tutela potrà dirsi effettiva allorché vi sia un giusto processo, che approdi al suo esito fisiologico (la pronuncia sulla meritevolezza della pretesa azionata) in un arco temporale

La visione offerta dal codice altro non è che l'attuazione legislativa della posizione di autorevole dottrina<sup>21</sup>, secondo la quale il processo deve dare, per quanto possibile, a chi vanta un diritto tutto quello, e proprio quello, che egli ha il diritto di conseguire.

A tal proposito, è stato affermato che la portata del principio di effettività è una "questione sfuggente": con l'effettività il fatto si traduce in diritto, conferendo, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, concretezza alla giustizia amministrativa e collegando le aspettative dei singoli ai risultati ottenibili nel processo<sup>22</sup>.

---

ragionevole e sia caratterizzato dal contraddittorio e disciplinato con tutti gli strumenti idonei a dare protezione alle situazioni giuridiche controverse: le azioni in tutte le loro formulazioni e declinazioni sia nel *nomen iuris*, sia nella tipicità o atipicità, sia, infine, nel tipo di sindacato che dovrà garantire e fornire il giudice.

Ma, sebbene l'effettività della tutela sia un obiettivo e un principio, e nonostante, in linea generale, abbisogni di norme cogenti che la rendano concretamente applicabile, essa pare avere un margine di precettività autonoma, allorché fungerà da criterio ermeneutico, idoneo, in quanto tale, a integrare le lacune normative, e/o a orientare l'operatore giuridico, e in specie il giudice, ad applicare quella disciplina che lo realizzi. È così che il principio di effettività acquista anche valore ermeneutico, evidenziando una concretezza applicativa e una piena precettività. Il principio in parola avrà una forza immediatamente cogente allorché fungerà da criterio ermeneutico che opererà sia come guida nell'applicazione di norme processuali, sia nel superamento di eventuali lacune normative.

Infatti, si è detto poc'anzi che il principio affermato nell'art. 1 c.p.a. ha un ambito di applicazione oggettivo e soggettivo: tale specificazione vale ad individuare il perimetro entro il quale esso deve operare.

Ma laddove il principio di effettività della tutela non assuma quel valore immediatamente cogente, occorrerà valutare i diversi elementi di cui esso si compone, al fine di verificare se la disciplina positiva garantisce tale immanente valore di civiltà giuridica.

Chiaramente, stante la vastità dell'analisi, questa potrà compendiarsi intorno a un unico elemento dell'effettività. L'elemento va inquadrato negli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per azionare le pretese giuridiche, da verificarsi non solo con riferimento al numero o al tipo di azioni, ma anche, e soprattutto, in relazione al contenuto e al sindacato che il giudice opererà tramite le azioni processuali».

<sup>21</sup> L'evidente riferimento è a G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 301 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, 33 ss., secondo cui «la necessità di servirsi del processo per avere ragione, non deve tornare a danno di chi ha ragione»; anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 1993; A. PROTO PISANI, *Rilevanza del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss.

<sup>22</sup> Così sostiene G. BERNABEI, *Effettività della tutela giurisdizionale amministrativa (Corte cost. n. 132 del 2018)* in *Studium iuris*, 2019, III, 309; si legga in tema anche M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, cit., 205. Fornisce ulteriori spunti di riflessione, allo scopo di definire gli orizzonti concettuali di fondo che alimentano il dibattito sulla tutela, A. ZITO, *La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*, in *Nuove autonomie*, 2017, III, 569, nella parte in cui afferma che «nel conflitto tra principio di legalità e principio di effettività vi è un parte della giurisprudenza che sembra orientata a favore di quest'ultimo. E ciò nel senso che il fondamento normativo delle

Inoltre, garantire l'effettività della tutela giurisdizionale con quella cautelare, significa mantenere integro il "bene della vita" per il tempo necessario ad ottenere tutela di merito, ovvero azionare quell'interesse materiale che in dottrina<sup>23</sup> è definito come "il substrato sociologico dell'interesse legittimo" e la ragione per cui, nel giudizio cautelare, il giudice esamina l'interesse materiale, ossia valuta le conseguenze pregiudizievoli che possono derivare dall'esecuzione del provvedimento impugnato e, in loro presenza, accoglie l'istanza cautelare, altrimenti rigetta.

Il problema del grado di effettività della tutela viene analizzato nel presente contributo in quanto torna ciclicamente ad animare il dibattito giurisprudenziale (visti gli orientamenti contrastanti che si esamineranno nei prossimi paragrafi): è proprio quanto avvenuto in un recente decreto cautelare<sup>24</sup> in cui a fronte di un'interpretazione normativa chiara, il giudice si è sentito costretto a schierarsi apertamente in contrasto con la norma, per assicurare quell'esigenza di tutela che l'asettica applicazione della legge non avrebbe garantito.

In buona sostanza, per rendere piena e tangibile non solo in astratto ma anche in concreto quella esigenza di effettività della tutela così come proclamata dal c.p.a.

---

soluzioni, che vengono prospettate e praticate, è ricavato a partire dal principio d'effettività, con la conseguenza che pare possibile andare anche oltre rispetto a quanto espressamente previsto dal CPA. Insomma non è il perimetro fissato dalla legge a circoscrivere rigidamente il campo d'azione del giudice in sede processuale, ma il contrario: sono il principio d'effettività e le esigenze connesse alla sua realizzazione che definiscono i confini di ciò che può ritenersi ammissibile. La previsione legislativa in questa prospettiva genera dunque un vincolo, ma nel contempo definisce anche un campo di opportunità a disposizione del giudice». A considerazioni similari giunge anche F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, I, 74, il quale ritiene che «la rilettura (del rapporto) è dovuta al fatto che oggi il punto di equilibrio costituzionale tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale è quello che riduce l'indipendenza ed autonomia dell'amministrazione non solo in funzione del principio di legalità, ma, per l'appunto, in funzione dell'effettività della tutela giurisdizionale. Al giudice amministrativo, infatti, compete il potere di ingerirsi due volte nell'attività dell'amministrazione: dapprima imponendole una linea di condotta e poi effettuando il controllo su di essa, munito di poteri di sostituzione coattiva. La trasformazione del processo amministrativo in processo di accertamento e di condanna si completa con l'introduzione di strumenti esecutivi che realizzano, fin dalla fase cautelare, la sostituzione del giudice all'amministrazione, annullando l'idea della radicale separazione tra le due funzioni».

<sup>23</sup> Il riferimento è a E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, *passim*.

<sup>24</sup> Il riferimento è a Cons. Stato, decr. Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553, cit.

#### 4. *Gli orientamenti favorevoli all'ammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico...*

Le principali funzioni e questioni sottese al necessario rispetto del principio di effettività della tutela cautelare, sono state poste alla base di quella parte della giurisprudenza che ha accolto, anche in tempi non recenti, l'indirizzo ermeneutico volto a ritenere ammissibile l'appello avverso tali decreti.

È evidente che tale soluzione strida con il dettato normativo – come si è già visto l'art. 56 c.p.a. espressamente esclude l'appellabilità del decreto monocratico – ma, per tali interpretazioni, sono esigenze di effettività della tutela a consigliare la soluzione opposta.

È quanto, ad esempio, si legge in una pronuncia del giudice amministrativo<sup>25</sup> – emessa nella vigenza della legge n. 205/2000 e quindi dell'art. 3 che non prevedeva formalmente l'impugnazione in sede di appello avverso il decreto cautelare presidenziale – in cui si è ricordato che «l'inammissibilità dell'appello si porrebbe in contrasto con i principi ispiratori dell'ordinamento che sono orientati a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, anche cautelare, delle posizioni soggettive fatte valere dagli interessati».

Così, come sostenuto da autorevole dottrina<sup>26</sup>, l'apporto della giurisprudenza del Consiglio di Stato in questo senso può essere letto quale intervento di costruzione del provvedimento cautelare in risposta alle esigenze della società, al fine di fornire una risposta favorevole mediante un intervento urgente, nel quadro generale del ruolo attribuito alla tutela giurisdizionale.

Ragioni analoghe sono poste, poi, alla base di un'altra pronuncia<sup>27</sup> con cui il giudice amministrativo ha ritenuto ammissibile l'impugnazione del decreto cautelare monocratico di primo grado in quanto trattasi di «unico strumento impiegabile al fine di garantire una effettiva tutela alla situazione di urgenza posta dal ricorrente».

In tale pronuncia, il Presidente – valorizzando la funzione esegetica dei precetti costituzionali – ha richiamato i principi sulla indefettibilità della tutela cautelare nel corso di qualsiasi fase e grado del processo, rilevanti ai fini del processo amministrativo e ritenuti desumibili dall'art. 24 e 113 Cost<sup>28</sup>, così come

<sup>25</sup> Cons. Stato, decr., sez. V, 18 settembre 2009, n. 4628, in *www.giustizia-amministrativa.it*

<sup>26</sup> C.E. GALLO, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, nota a Cons. Stato, decr., sez. V, 18 settembre 2009, n. 4628, in *Foro amm. -Cds*, 2009, 2615 ss.

<sup>27</sup> Cons. Stato, decr., sez. IV, 7 dicembre 2018, n. 5971, in *Foro it.*, 2019, III, 117.

<sup>28</sup> Sul rapporto tra Costituzione e processo amministrativo, si vedano A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 419 ss.; ID., *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, IV, 456 ss.; M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 177 ss.

Sul punto, possono leggersi, altresì, le considerazioni sostenute in dottrina – sebbene in epoca antecedente alla legge 205/2000 che ha codificato l'atipicità della tutela cautelare – da S.

dagli art. 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo<sup>29</sup>.

Le argomentazioni sopra richiamate dal Consiglio di Stato, sembrano assumere una valenza ancora più attuale nel presente contesto emergenziale: sposa questa visione «costituzionalmente orientata» il primo<sup>30</sup> dei tre decreti monocratici di cui si è accennato in introduzione, adottato nel periodo di vigenza del rito cautelare “stravolto”<sup>31</sup> dall'art. 84 d.l. n. 18/2020 (c.d. «Cura Italia»), in cui si legge che «questo Consiglio di Stato<sup>32</sup> 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; che nel caso in esame, seppure per il limitato periodo residuo (4 giorni) di efficacia temporale del decreto sindacale impugnato – concernente l'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza – in primo grado, la pretesa dell'appellante è di potersi recare al lavoro, di evitare il rischio di licenziamento, e di recarsi, con le limitazioni in vigore, ad effettuare acquisti di beni di prima necessità; che, dunque, la pretesa tocca diritti tutelati dall'ordinamento anche a livello costituzionale, da cui discende l'ammissibilità dell'appello contro il decreto del Presidente del T.A.R. Calabria.»

Eguali considerazioni, in quanto trattasi a tutti gli effetti di «provvedimento-fotocopia» (oltretutto a firma dello stesso Presidente), possono essere soste-

---

TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 2493-2494: «ne discende che per garantire in singoli casi una tutela d'urgenza effettiva, il giudice amministrativo ben potrebbe e dovrebbe essere autorizzato dalla legge a disporre in via cautelare, anche *ante causam*, un *quid pluris* rispetto alla mera sospensione dell'atto o addirittura ad adottare un provvedimento giurisdizionale avente il contenuto e gli effetti del provvedimento amministrativo negato dall'amministrazione. In simili ipotesi, l'incisione del magistrato ben sarebbe giustificata ed anzi necessitata, attesa l'esigenza di garantire adeguata tutela al pregnante valore espresso o esaltato dagli art. 24, 103 e 113 Cost.» Per quanto riferite alla dicotomia tipicità/atipicità della tutela, trattasi di considerazione che possono estendersi anche all'ammissibilità dell'appello avverso il decreto monocratico: ciò sarebbe giustificato, anzi *necessitato*, proprio dall'esigenza di rendere la tutela effettiva, dando concretezza ai citati principi costituzionali in tema.

<sup>29</sup> Su cui si veda, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; C. FELZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, 2018.

<sup>30</sup> Cons. Stato, decr., Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553, cit, e recentemente analizzato da M. CECILI, *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*, in *Nuove Autonomie*, 2021, III, 859 ss.

<sup>31</sup> L'espressione, in senso evidentemente critico verso la modifica normativa introdotta dal legislatore con il d.l. Cura Italia, è di P. D'ANGIOLINO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. “Cura Italia”) in tema di processo amministrativo “condizionato” dall'emergenza “Covid-19*, in *www.lexitalia.it*.

<sup>32</sup> Il riferimento, nello specifico, è alla pagina 2 del decreto cautelare sopra citato.

nute in relazione al secondo decreto<sup>33</sup> adottato nel sub-periodo emergenziale 8 marzo 2020/15 aprile 2020, in cui per le stesse ragioni sopra ricordate, si ammette l'appello avverso il decreto monocratico.

Orbene, in definitiva, l'ammissibilità dell'appello è condizionata dalla circostanza che ad essere lambiti dal provvedimento amministrativo siano interessi meritevoli di tutela costituzionale, in quanto la necessità di assicurare priorità a tali principi, legittima un'interpretazione che si traduca in una mancata adesione alle norme processuali in senso letterale.

In questo senso le pronunce di cui sopra intendono dar continuità proprio a quell'orientamento che sostiene l'appellabilità del decreto cautelare laddove le censure proposte siano direttamente fondate sull'asserita violazione di principi di rango costituzionale<sup>34</sup>.

Esulano, invece, dalle suddette motivazioni, quei provvedimenti che confermano la tesi dell'ammissibilità del decreto cautelare ma, come detto, per ragioni diverse da quella di garantire l'effettività della tutela.

Il riferimento è, qui, alle pronunce<sup>35</sup> adottate dai giudici di Palazzo Spada in cui si fa applicazione dei principi centrali in tema di tutela cautelare e, più che allo scopo di dar rilevanza ai principi costituzionali di tutela giurisdizionale, ci si riferisce a quei casi in cui le pronunce assumono carattere sostanzialmente decisorio, dovendo, in tali casi, intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica – in relazione ai principi di strumentalità e interinalità tipici della cautela – e funzione collegiale in primo grado – questa sì a contenuto *lato sensu* decisorio.

<sup>33</sup> Cons. Stato, decr., Sez. III, 31 marzo 2020, n. 1611, cit.

<sup>34</sup> Cfr. Cons. Stato, decr., sez. VI, 30 agosto 2017, decr. n. 3418 e decr. n. 3419; Cons. Stato, decr. Sez. VI, 25 agosto 2017, decr. n. 3408 e Cons. Stato, decr. sez. III, 26 novembre 2020, n. 6795, tutti in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si afferma espressamente – in maniera analoga alla pronuncia in commento – che «ricorre nella fattispecie una delle limitate ed eccezionali ipotesi in cui l'appello avverso il decreto cautelare del Presidente del T.A.R. è ammissibile, essendo in gioco censure direttamente fondate sull'asserita violazione di principi che trovano in articoli della Costituzione diretta tutela e fondamento, quali il diritto alla salute e all'istruzione nonché, in primo luogo il principio di parità di cui all'art. 3 Cost».

<sup>35</sup> Cfr. Cons. Stato, decr. Sez. III, 29 novembre 2021, n. 6379; Cons. Stato, decr. Sez. III, 16 settembre 2021, n. 5037; Cons. Stato, decr. Sez. VI, 24 luglio 2021, n. 4083; Cons. Stato, decr. Sez. II, 4 maggio 2021, n. 2289, tutti in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si legge che «ritenuto che tali casi di provvedimenti monocratici impugnabili aventi solo veste formale di decreto o “decreti meramente apparenti” si configurano esclusivamente nel caso in cui la decisione monocratica in primo grado non abbia affatto carattere provvisorio ed interinale ma definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere, come negli eccezionali casi di un decreto cui non segua affatto una camera di consiglio o in cui la fissazione della camera di consiglio avvenga con una tempistica talmente irragionevole da togliere ogni utilità alla pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio ( di talché residuino al limite questioni risarcitorie), dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado».

Di particolare importanza è, così, la ricostruzione operata in giurisprudenza circa il fondamento di un simile mezzo d'impugnazione che, come visto, per quanto atipico è sicuramente idoneo a garantire una maggiore ed effettiva tutela nei casi in cui ciò sia reso necessario dalle circostanze del caso concreto.

Dando seguito alle impostazioni giurisprudenziali precedentemente menzionate, si è ricordato<sup>36</sup> che esiste un'ineliminabile discordia tra dato normativo e filone giurisprudenziale tendente ad ammettere l'appellabilità del decreto cautelare monocratico.

L'art. 56 c.p.a. è chiaro nell'affermare – così come sostenuto proprio dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – che «l'appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale deve ritenersi, di norma, inammissibile sia per ragioni testuali legate alla lettera della legge che per ragioni sistematiche, in quanto né previsto, né configurabile, in via distinta ed autonoma, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., e altresì prevedendo il codice di rito l'appellabilità delle sentenze e delle ordinanze (art. 62 e 100, c.p.a.) e non anche dei decreti». Opinando diversamente si finirebbe per accogliere un'interpretazione *contra legem*<sup>37</sup>.

Tuttavia, possono esistere dei casi eccezionali in cui, ad esempio, all'adozione del decreto monocratico «non segua una camera di consiglio, ovvero laddove la fissazione di quest'ultima avvenga con una tempistica talmente irragionevole da privare di qualsivoglia utilità la successiva pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio, determinando un pregiudizio irreversibile».

Ebbene, in tutti questi casi, è altresì necessario che si determini un danno irreparabile ai diritti fondamentali della persona umana: solo in presenza di questi presupposti sarebbe consentita l'appellabilità del decreto monocratico.

In definitiva, la giurisprudenza ammette che ci si possa discostare dal dato normativo ma solo in casi ben precisi e, in specie, nell'ipotesi in cui ad essere leso dal provvedimento sia un interesse della persona costituzionalmente tutelato e per tale motivo meritevole di tutela. Allo stesso modo, tale tutela è ammessa nel caso in cui il decreto monocratico sia formalmente cautelare ma sostanzialmente definitivo e decisorio e, da ultimo, quando determini un danno irreparabile alla persona derivante dalla concreta attuazione del decreto stesso.

Tale danno grave ed irreparabile altro non è che il secondo presupposto – assieme al *fumus boni iuris* – richiesto per la concessione di misure cautelari: il

<sup>36</sup> Si veda C.G.A.R.S., decr. 25 gennaio 2021, n. 61, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>37</sup> Cfr. I. GENUESSI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, cit., la quale ben ricorda che «pur comprendendo la necessità di commisurare l'intervento del giudice amministrativo alle peculiari esigenze di tutela dettate dall'emergenza sanitaria, rimane il fatto che la previsione puntuale ed inequivoca circa la non impugnabilità del decreto cautelare presidenziale rende la suddetta interpretazione non *praeter*, ma *contra legem*».

*periculum in mora*. Trattasi, di fatto, di quello che è divenuto il requisito decisivo nell'adozione dei provvedimenti cautelari nell'ambito della pandemia da Covid-19, che vede nell'analisi del pregiudizio grave e irreparabile il vero baricentro attorno al quale si gioca la partita dell'appellabilità/inappellabilità del decreto monocratico.

Difatti, nella valutazione del *periculum* il giudice amministrativo non compie una mera considerazione astratta sul pregiudizio grave che il ricorrente può subire nelle more della definizione del giudizio nel merito ma inserisce al suo interno una valutazione circa la prevalenza degli interessi pubblici su quelli privati in gioco<sup>38</sup>.

In questo senso, non sarebbe più sufficiente valutare in astratto se tale pregiudizio effettivamente sia sussistente, ma diverrebbe necessario per il giudice amministrativo compiere una valutazione complessiva che tenga conto di tutti gli interessi sottostanti alla fattispecie dedotta in giudizio, bilanciandoli alla luce delle peculiarità del caso concreto.

---

<sup>38</sup> Così M.R. CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *federalismi.it*, 237, il quale aggiunge che il giudice amministrativo «effettua una vera e propria comparazione degli interessi coinvolti, ritenendo che la prevalenza dell'interesse generale dello Stato alla tutela della salute di tutti i cittadini sul pur meritorio interesse particolare alla ripresa dell'attività economica, seppur parziale, di uno solo di essi debba portare a considerare non esistente il profilo del *periculum* e quindi a rigettare la domanda cautelare avanzata.», il quale altresì ricorda che «la comparazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco è divenuta, pertanto, lo strumento attraverso cui il Consiglio di Stato valuta di regola il profilo del pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente può subire sia dalla mancata sospensione del provvedimento impugnato che dall'esecuzione della sentenza pronunciata in primo grado. Occorre, però, evidenziare che, dall'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la comparazione degli interessi sembra propendere, nella quasi generalità dei casi, per la prevalenza dell'interesse generale, anche laddove si intervenga con un provvedimento presidenziale. È necessario perciò che il giudice amministrativo faccia attenzione: fare riferimento alla comparazione degli interessi in gioco non deve divenire uno strumento di semplificazione della motivazione delle ordinanze cautelari, in cui l'insussistenza del *periculum* viene motivato semplicemente sulla base della generica prevalenza dell'interesse pubblico su quello del ricorrente.

Questa sarebbe una distorsione del sistema, delle garanzie del giusto processo e del diritto di difesa, certamente non accettabili. Anche laddove oggetto del giudizio siano interessi generali che si riferiscono ad esigenze primarie del nostro ordinamento, come ad esempio l'ordine pubblico e la sicurezza, nonché, in questo particolare periodo di crisi sanitaria globale, la tutela della salute, vi deve essere in ogni caso un effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, tenendo in considerazione le peculiarità del caso di specie, affinché, in sede cautelare, il giudice amministrativo non sia semplicemente il giudice dell'Amministrazione ma tuteli le fondamentali garanzie di difesa riconosciute dalla Costituzione» (241).

## 5. ...e quelli contrari

Come più volte ribadito, l'inammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico è stabilita dall'art. 56 c.p.a., il quale formalmente esclude tale possibilità.

A sostegno di tale assunto – almeno in apparenza incontrovertibile – si è recentemente schierata autorevole dottrina<sup>39</sup>, la quale ha aspramente criticato gli indirizzi giurisprudenziali favorevoli a tale deroga normativa.

Da questo punto di vista, l'inammissibilità dell'appello sarebbe valorizzata dai principi della collegialità e del contraddittorio, i quali per abdicare in favore dell'urgenza necessiterebbero di una deroga espressa, che il legislatore concede (nell'art. 56) solo per il primo grado<sup>40</sup>. Al contrario, per quel che riguarda la misura cautelare monocratica il c.p.a. non prevede la via di un autonomo appello, sicché ogni questione che richiede la sua «revisione va trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione della conseguente collegiale camera di consiglio (la cui «ordinanza cautelare» potrà semmai, a letterale tenore dell'art. 62, formare oggetto di appello cautelare)»<sup>41</sup>.

Così, si è ricordato che l'appello avverso il decreto avente ad oggetto misure cautelari, deve ritenersi inammissibile sia per il carattere eccezionale di queste ultime, sia perché la questione deve essere poi esaminata dal collegio in camera di consiglio, al fine di garantire, altresì, il rispetto del principio del contraddittorio. Anzi, proprio il rapporto tra il decreto presidenziale e l'ordinanza cautelare ha rappresentato il motivo per non ritenere possibile un'impugnazione del decreto stesso. E ciò non tanto per il fatto che la disciplina sull'appello, sin dalla legge n. 205 del 2000, non lo preveda espressamente per tale tipo di provvedimento,

---

<sup>39</sup> A. TRAVI, *Considerazioni minime sull'appello contro i decreti cautelari dei tribunali amministrativi regionali*, in *Il Foro italiano*, 2021, I, pt.3, 7, il quale afferma che «il valore costituzionale degli interessi in gioco non attribuisce al giudice la capacità di disporre in contrasto con la legge processuale. La circostanza che in discussione siano pretese fondate su principi costituzionali certamente può assumere una rilevanza specifica sul piano della valutazione del *periculum in mora* ai fini della pronuncia cautelare, ma non giustifica la creazione, da parte del giudice, di una disciplina diversa da quella stabilita dalla legge. Si può, e si deve, anzi riconoscere che non giustifica alcun intervento creativo, perché il giudice è sempre soggetto alla legge e, se ritiene non condivisibile quanto dispone la legge, deve rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità; a maggior ragione perché il giudice è soggetto alla legge quando in discussione sia una disposizione processuale, non solo perché una componente del giusto processo è rappresentata, in base alla stessa Costituzione, anche dall'assoggettamento alla legge ma anche perché la riserva di legge in materia processuale ha nel nostro ordinamento un valore essenziale di garanzia delle regole del gioco, per tutte le parti».

Considerazioni analoghe sono, altresì, sostenute da E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, III, 733 ss.; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, IV, 1130 ss.

<sup>40</sup> Così A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *federalismi.it*, 73.

<sup>41</sup> Cons. Stato, decr., Sez. V, 19 luglio 2017, n. 3015, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

quanto perché il decreto presidenziale, in ragione del suo carattere provvisorio e dell'esigua efficacia temporale, soggetto ad una pronta verifica da parte del Collegio (che è il naturale destinatario di qualunque forma di opposizione), è destinato ad essere assorbito dalla decisione collegiale<sup>42</sup>.

Condivide queste impostazioni anche la terza ed ultima pronuncia<sup>43</sup> citata in esordio ed emanata nel periodo emergenziale di cui si è già detto in apertura, in cui si afferma espressamente che «pur in presenza di un rito monocratico anomalo o spurio perché introdotto dal dl n. 11 del 2020 per far fronte, nel processo amministrativo, alle esigenze determinate dall'emergenza coronavirus, non sembra possa ritenersi innovato alcunché riguardo alla tradizionale ritenuta inappellabilità dei decreti cautelari».

Nel citato decreto, si fa altresì richiamo ed applicazione di quanto è stato autorevolmente affermato dal presidente del Consiglio di Stato, il quale in una nota esplicativa<sup>44</sup> volta ad armonizzare l'applicazione giurisprudenziale della normativa emergenziale introdotta dall'art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, ha ricordato, tra le altre disposizioni, che «in assenza di espresse previsioni, nulla è innovato in ordine alla disciplina ordinaria dell'inappellabilità» (dei decreti presidenziali cautelari).

Altresì, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana<sup>45</sup>, a fronte dell'appello proposto avverso decreto presidenziale monocratico reso ai sensi dell'art. 56 c.p.a., in base all'asserito inequivoco tenore letterale dell'art. 56,

---

<sup>42</sup> Così V. FANTI, *L'appellabilità del decreto cautelare monocratico*, cit.; nello stesso senso anche C.E. GALLO, *Presidente e Collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2001.

Si leggano in tal senso anche gli ultimi provvedimenti resi in giurisprudenza: così, ad esempio, Cons. Stato, decr. sez. VI, 4 ottobre 2018, n. 4875; Cons. Stato, decr. sez. V, 19 luglio 2019, n. 3708, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>43</sup> Cons. Stato, decr., Sez. VI, 23 marzo 2020, n. 1343, cit., in cui era stato appellato un decreto cautelare con cui il TAR Lazio, sez. III, aveva respinto la richiesta di sospendere il provvedimento con cui l'Università La Sapienza aveva negato al ricorrente l'autorizzazione allo svolgimento di attività di ricerca all'estero. Il giudice di appello ha dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione, espressamente sottolineando che l'emergenza Covid-19, in assenza di espresse disposizioni derogatorie, non consente di disattendere le regole processuali.

<sup>44</sup> Si fa riferimento alla nota del Presidente del Consiglio di Stato del 19 marzo 2020, n. 1454, nello specifico punto 4 e seguenti in relazione ai giudizi cautelari e in particolare il punto 4.11, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>45</sup> C.G.A.R.S., decr., 22 maggio 2020, n. 455; Id., decr., 25 agosto 2020, n. 624, entrambi in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nello stesso senso anche Cons. Stato, ord., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 39, sempre in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), la quale rileva che nel processo amministrativo, il Consiglio di Stato sia incompetente a confermare o revocare la misura cautelare concessa con decreto del presidente del T.A.R., in quanto, ai sensi dell'art. 62 cod. proc. amm., la pronuncia cautelare collegiale del Consiglio di Stato non può precedere quella del T.A.R., essendo configurata esclusivamente quale decisione avente ad oggetto una decisione cautelare assunta in primo grado nella sede collegiale.

2° comma, c.p.a., si è espresso, mediante inusuale pronuncia<sup>46</sup>, nel senso del non luogo a provvedere sull'istanza.

In questo senso, non vi sarebbe luogo a provvedere sulle istanze di rimedi giuridici inesistenti, «perché non vi è luogo a incardinare una fase o grado di giudizio, esulando dalle competenze presidenziali l'esercizio di qualsivoglia potere processuale non previsto da nessuna disposizione di legge, sia nel senso che non è possibile provvedere sul merito della richiesta, sia nel senso che non è possibile rimettere l'affare all'esame del collegio».

Non sarebbe funzionale ad ammettere l'opposto indirizzo relativo all'ammissibilità dell'appello neppure la circostanza che ad essere lesi dal provvedimento cautelare, siano interessi costituzionalmente garantiti.

Così, la rilevanza di principi costituzionali rileverebbe in termini di valutazione del *periculum in mora*, dunque ai fini della pronuncia cautelare, ma non consentirebbe al giudice di individuare una disciplina in contrasto con il dettato legislativo; al più, il giudice, in quanto sempre soggetto alla legge, potrebbe sottoporre alla Corte costituzionale questione di legittimità, laddove non ritenesse condivisibile quanto disposto dalla legge stessa.<sup>47</sup>

## 6. *Riflessioni conclusive*

Il caso dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico rappresenta il classico esempio in cui è possibile individuare, come visto, un vero e proprio contrasto in dottrina tra il polo a favore della suddetta impugnazione e l'altro, più conservativo e garantista, radicalmente contrario. Le stesse considerazioni possono essere sostenute anche in relazione al panorama giurisprudenziale, da cui è possibile evincere analoghi contrasti.

A ben vedere, a sostegno della tesi garantista, depone anche – e soprattutto – il dettato legislativo che sembra essere inequivocabile e non superabile nel senso dell'inappellabilità, neppure in casi eccezionali e di estrema urgenza.

D'altra parte, tuttavia, pare svilupparsi un orientamento maggiormente attento ai temi della giustizia sostanziale e dell'evoluzione delle esigenze della società che quasi obbliga<sup>48</sup> o comunque spinge il giudice ad assecondare interpre-

<sup>46</sup> Cfr. I. GENEUESSI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, cit.

<sup>47</sup> Cfr. A. TRAVI, *Considerazioni minime sull'appello contro i decreti cautelari dei tribunali amministrativi regionali*, cit., 7.

<sup>48</sup> Così V. FANTI, *L'appellabilità del decreto cautelare monocratico*, cit., 5-6, la quale afferma che «occorre, sempre, che il giudice prenda posizione, soprattutto in assenza di una espressa disciplina di diritto positivo. E, nel caso di specie, l'assenza di una decisione vera (che si pronunci nel merito dell'appellabilità o meno del decreto monocratico) sembra mostrare evidenti limiti in termini di giustizia sostanziale. In primo luogo, perché pare porsi in contrasto con i principi della

tazioni contrarie alla legge ma corrette da un punto di vista equitativo, in quanto rispondenti ai canoni della pienezza ed effettività della tutela.

Il punto focale diviene, quindi, individuare il corretto equilibrio, il giusto punto di mezzo tra esigenze contrapposte e interessi protetti: da un lato quello relativo alla necessità di rispettare le disposizioni legislative e dall'altro quello di garantire una tutela effettiva e piena.

Sbilanciarsi verso il primo interesse significa non prendere in debita considerazione l'eccezionalità e la necessità di risposte immediate tipiche del momento emergenziale<sup>49</sup>; al contrario, preoccupandosi solo di dar risposta a tali esigenze, si rischia di avallare un'interpretazione *contra legem*<sup>50</sup>.

Allo stesso modo, gioverà ricordare che denominatore comune delle pronunce sopra esaminate è il tema della comparazione degli interessi pubblici e privati attinti da provvedimenti limitativi così come sostenuto dall'indirizzo giurisprudenziale valorizzato dal TAR calabrese<sup>51</sup> che ha ricordato che «nell'attuale fase epidemica, in sede di comparazione degli interessi in conflitto, deve darsi prevalenza a quello pubblico inerente la tutela della salute della collettività e della necessità di arginare qualsiasi rischio di contagio».

Il problema che si pone è, quindi, quello del bilanciamento di interessi<sup>52</sup>

---

Costituzione e del diritto europeo atti a garantire una tutela piena ed effettiva, come recita l'art. 1 del codice del processo amministrativo; tutela piena ed effettiva che si realizza, di poi, con il prevedere il doppio grado di giurisdizione per tutti i provvedimenti decisorii del giudice di primo grado, anche nell'ambito del processo cautelare, come sancito dalla Plenaria e dal giudice delle leggi. Quindi, una non decisione, in contrasto con le disposizioni costituzionali e che, comunque, non fa prendere posizione nel merito al giudice amministrativo adito, determinando così la permanenza sia del vuoto di tutela giurisdizionale, sia degli indirizzi giurisprudenziali contrastanti in tema di appellabilità della misura cautelare monocratica nel processo amministrativo».

<sup>49</sup> Cfr. sul tema, F. SAITTA, *Il processo cautelare alle prese con la pandemia*, in *LexItalia*, 16 giugno 2020; C. CACCIAVILLANI, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28)*, in *GiustAmm*, n. 5-2020; F. FRANCIARIO, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Federalismi.it*.

<sup>50</sup> Cfr. 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 *Federalismi.it*, la quale afferma – nel commentare brevemente il decreto 1553/2020 Cons. Stato – 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 posizione espressa in questo secondo decreto, determinando ulteriori incertezze in un momento che ne conosce già molte, non può non destare perplessità».

<sup>51</sup> TAR Calabria, sede di Catanzaro, decr. 28 marzo 2020, n. 164, decr. n. 165, decr. n. 182, tutti in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>52</sup> Sul punto, si veda, tra i molti, R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. ZAGREBESKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, IV, 639-658; M. CARTABIA, *Principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

socialmente e giuridicamente rilevanti e, come tali, direttamente tutelati dalla Costituzione.

Una precisazione si rende, qui, obbligatoria: nel caso di specie si scontra, idealmente, un'interpretazione letterale della norma che, come visto, non consente l'appello avverso il decreto cautelare, con una forma di interpretazione sistematica, che, tecnicamente, sarebbe criterio recessivo rispetto a quello interpretativo basato sulla *littera legis*.

Allo stesso tempo, come è noto, l'interpretazione sistematica assurge alla funzione di determinare il significato della disposizione inserita nel sistema legislativo complessivo tenendo conto della disciplina vigente in cui si inserisce la norma da interpretare.

Premesso ciò, si ricordi che, nel caso dell'appellabilità del decreto cautelare, le ragioni che giustificano una deroga alla rigida applicazione normativa, sono rappresentate dalla garanzia di assicurare una tutela effettiva e giusta proprio in quelle situazioni in cui l'adattamento al testo normativo non condurrebbe a tale risultato.

Detto altrimenti, l'interesse primario diviene quello di tutelare maggiormente quei precetti costituzionali – nel caso dell'effettività della tutela processuale dotati non solo di copertura costituzionale ma anche e soprattutto di garanzia sovranazionale – che contribuiscono alla creazione di una serie di principi-valori e che, proprio per questo, esigono una valutazione non assoluta ma conforme al sistema complessivo, nel senso che l'interprete deve avere riguardo anche all'insieme degli altri valori costituzionali<sup>53</sup>.

Così, l'interpretazione sistematica in uno con l'interpretazione conforme<sup>54</sup> a Costituzione e diritto comunitario, imporrebbe di privilegiare questo criterio interpretativo rispetto a quello letterale che lascerebbe prive di tutela tutte quelle situazioni che, invece, impongono e necessitano una diversa risposta dall'ordinamento giuridico<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Così espressamente G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in a cura di A. PALAZZO, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, 2001, 242. Per ulteriori considerazioni, si legga anche F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *costituzionalismo.it*.

<sup>54</sup> Si legga sul punto, R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, I, 2015, in cui l'autore considera l'interpretazione conforme come una sottospecie del tradizionale canone dell'interpretazione sistematica.

<sup>55</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Diritto e società*, IV, 2018, 530, afferma espressamente che «L'interpretazione costituzionale diventa così (una) condizione necessaria per la stessa interpretazione legislativa: quest'ultima non può prescindere dall'interpretazione dei (collegati e collegabili) enunciati costituzionali. Il giudice, nell'interpretare la legge, deve anzi ricercare un significato che si accordi con il significato desumibile da (o proponibile per) gli enunciati costituzionali. Ciò, perché la "superiorità" o "condizionalità" della Costituzione rispetto alla legislazione, lungi dal risolversi nella mera relazione – che può essere negativa – di validità-invalidità, implica anche – in positivo – la interpretazione sistematica della seconda alla luce della

Fatta questa breve ed opportuna premessa<sup>56</sup>, la questione del bilanciamento di interessi è stata recentemente analizzata con il noto intervento della Corte Costituzionale sul caso Ilva<sup>57</sup> in merito all'esistenza o meno di una gerarchia tra valori tutti costituzionalmente garantiti e volta all'individuazione dell'interesse prevalente su quello soccombente.

Portando ad estrema sintesi il contenuto della suddetta sentenza – nella parte che chiaramente rileva ai fini della presente trattazione – il giudice delle leggi giunge ad affermare l'inesistenza di diritti assoluti nel panorama dei valori costituzionali, dando seguito alla tesi della c.d. “gerarchia mobile”<sup>58</sup> dei valori costituzionali che tenga conto del modificarsi delle ragioni del caso concreto<sup>59</sup>.

---

prima». Ancor più in generale, in tema, si legga M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IX, 2016, 391 ss.

<sup>56</sup> Su cui si è interrogato anche M. CECILI, *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*, cit., 866-867, il quale afferma che «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 problematiche, 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 se e fino a quanto si possa estendere un'interpretazione costituzionalmente orientata e se questa possa esulare completamente dal dato testuale».

<sup>57</sup> Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, con commento, tra gli altri, di R.BIN, *Giurisprudenza o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; F. DE LEONARDIS, *Il sindacato del giudice penale sugli atti di autorizzazione e concessione: alcune riflessioni “partendo dalla fine”*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, IV, 893-932.

<sup>58</sup> Così R. ROMBOLI, *Il significato essenziale per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti e libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in a cura di V. ANGIOLINI, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 215; nello stesso senso A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, in a cura di M. LA TORRE, A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.

<sup>59</sup> Cfr. A.G. DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al “caso Ilva”*, in *federalismi.it*, 17-18, la quale ricorda che «negando l'esistenza di una gerarchia “astratta e statica” dei valori costituzionalmente garantiti, in forza, invece, di una tutela “sistematica e dinamica” che tenga conto di tutti gli interessi antagonisti: il punto di equilibrio tra di essi non risulta essere prefissato in anticipo, ma è rimesso al bilanciamento del legislatore e, in sede di controllo, del giudice, secondo i criteri di proporzionalità e ragionevolezza. (...) Così, per esempio, nelle due sentenze n. 264/201263 e n. 63/201664 (entrambe richiamate nella più recente sentenza sul caso Ilva, n. 58/2018), è sancito che “il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati” Quella dell'assenza di una gerarchizzazione astratta tra valori ricavabile dalla Carta costituzionale, non è un'affermazione nuova, in quanto è richiamata

Il tema del bilanciamento degli interessi – come visto, nella sua valutazione sistematica più che letterale – bene si attaglia al contesto emergenziale, in cui la compressione di un diritto fondamentale (quello al lavoro nel caso delle pronunce sopra commentate) generalmente non tollerata in una condizione ordinaria, diviene ragionevole se temporanea e se funzionale a prevenire un'altra emergenza: quella relativa alla tutela dell'ancor più generale e collettivo, diritto alla salute.

Con ciò la situazione pandemica dimostra che tale bilanciamento, sarebbe necessariamente condizionato dalle circostanze del caso concreto, rendendo ragionevole, per la salvaguardia di quello più direttamente minacciato, la compressione di diritti e interessi in conflitto, a volte attingendo anche il loro nucleo essenziale<sup>60</sup>.

Sarebbe fisiologico che i diritti di cui sopra vadano, di volta in volta, bilanciati secondo le risultanze del caso concreto. Difatti, come sostenuto in dottrina<sup>61</sup>, non è a rischio la democrazia – né è fuori dall'orbita costituzionale – se,

---

in pronunce datate, come, per esempio, nella sentenza 27/1998, dove la Corte ha stabilito che «non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali. Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di 'relativa priorità' \_nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato».

<sup>60</sup> Così F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, 2022, il quale aggiunge, nel commentare la nota vicenda ILVA, che «essa testimonia che l'esigenza di salvaguardare l'occupazione di migliaia di persone – immediatamente e direttamente minacciata dal provvedimento cautelare del giudice – e, in prospettiva, assicurare all'impresa, con la continuità della produzione, le risorse necessarie per adeguarsi a migliori standard ambientali, ha consentito di comprimere – fino ad intaccarne il nucleo essenziale – il diritto alla salute degli stessi lavoratori e dei cittadini residenti nei pressi dell'impianto».

Può allora sembrare curioso confrontare i risultati a cui è giunta la Corte Costituzionale nel caso di specie e quelli a cui è giunto il Presidente della Sezione III del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento: nel primo caso l'interesse prevalente è quello al mantenimento dell'occupazione e del lavoro di «migliaia di persone» e l'interesse recessivo è quello alla salute; nel secondo caso è l'esatto opposto: il superiore diritto all'integrità fisica e la necessità di evitare la diffusione del contagio da Covid-19 prevale rispetto all'occupazione e al diritto di svolgere a pieno la propria attività lavorativa.

E ciò ad ulteriore conferma, come ricordato da S. VILLAMENA, *Emergenza coronavirus e giurisprudenza amministrativa. Fra diritto alla salute ed altri diritti rilevanti. Spunti a prima lettura*, in cura E. DAMIANI, *L'impatto del coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 2021, 253, di come non possano esistere nel nostro ordinamento «interessi tiranni», ossia posizioni da far prevalere sempre e comunque in rapporto ad altre. In effetti per la Corte «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». Ne consegue che la tutela deve essere costantemente «sistemica» e, se così non fosse, prosegue la medesima Corte, «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

<sup>61</sup> Così, testualmente, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico-istituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2021, I, 90.

in circostanze di emergenza sanitaria, l'autorità (democraticamente investita), al fine di garantire il diritto alla salute di tutti, comprima, anche sensibilmente, la libertà personale e la libertà di circolazione. In altre parole, laddove nella realtà non possano essere soddisfatti nella loro interezza, manifestandosi fra loro in contrasto, è ordinariamente doveroso il bilanciamento fra valori e/o diritti (così come la mediazione compositiva fra interessi).

Il tema del bilanciamento degli interessi si collega a quello della valorizzazione del principio di proporzionalità<sup>62</sup> nella misura in cui non venga inteso nella sua classica accezione ispirata alla logica del minor sacrificio possibile per l'interesse privato<sup>63</sup>, quanto nel suo significato politico-garantista, poiché avente ad oggetto misure legislative che non assicurano interessi costituzionalmente tutelati. Da qui, poi, l'attenzione si sposta su un principio molto vicino a quello di proporzionalità: quello di ragionevolezza<sup>64</sup> nell'ottica, in particolare, della comparazione e del bilanciamento di diritti tutti ugualmente tutelati.

Così, autorevole dottrina<sup>65</sup>, ricorda che la tutela dei diritti sia sempre “siste-

<sup>62</sup> Su tale principio si vedano, per tutti, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.

<sup>63</sup> In tema si legga S. VILLAMENA, *ult. cit.*, 97 ss., il quale ricorda che il test di proporzionalità si articola su tre livelli e in particolare quello dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. In particolare, il primo valuta l'attitudine della misura adottata a realizzare gli obiettivi di interesse pubblico attesi; il secondo è volto ad accertare se la misura sia la meno lesiva di altri interessi in conflitto tra quelle astrattamente idonee a produrre il medesimo obiettivo pratico ed il terzo si sostanzia in una valutazione comparativa dei beni e degli interessi coinvolti dalla misura stessa. L'ultimo livello del test ha un carattere residuale. Ad esso si ricorre solo quando il livello più elevato di realizzazione di un interesse pubblico è assicurato dalla misura che – tra le diverse possibili – più incide lesivamente sugli interessi in conflitto. In tal caso dovrà operarsi un vero e proprio bilanciamento di interessi per decidere se, nel caso di specie, vadano privilegiate le utilità cui la misura è funzionale o evitati i danni che la stessa arreca agli interessi in conflitto.

<sup>64</sup> Sul quale si veda, per tutti, F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in a cura di M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 371 ss. Recentemente, il principio di ragionevolezza nell'ottica dell'indeffettibilità della tutela processuale – ivi compresa quella cautelare – è stato valorizzato da M. CECILI, *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*, cit., 862-863, il quale ritiene che «questa lettura (quella dell'ammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare ex art. 56 c.p.a. avendo come presupposto proprio il principio di ragionevolezza) appare la più conforme al principio dell'indeffettibilità 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 Cost., dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dall'art. 1 c.p.a.».

<sup>65</sup> Si veda M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 10, la quale ricorda che «la Corte costituzionale afferma l'esigenza che la tutela dei diritti sia sempre “sistemica e non frazionata” ovvero “integrata”, enunciando così una tecnica interpretativa e argomentativa che riflette il pluralismo dei valori su cui si basa la Costituzione italiana<sup>19</sup>. Nessun

matica” e mai assoluta, destinata ad aprirsi a ventaglio e a fornire una tutela più o meno piena di determinati interessi a seconda della necessità di proteggerne altri altrettanto meritevoli di tutela.

Difatti, da un lato vi è la necessità di leggere ed interpretare i principi costituzionali relativi a diritto di difesa ed effettività della tutela di cui agli articoli 24, 103 e 113 Cost.; ma dall'altra vi è l'obbligatoria soggezione alla legge in capo all'organo giurisdizionale secondo il disposto dell'articolo 101 Cost.

Verosimilmente, il bilanciamento di interessi costituzionalmente tutelati, la proporzionalità e ragionevolezza sono stati i principi guida che hanno orientato i giudici amministrativi nelle pronunce precedentemente analizzate. Allo stesso tempo, però, hanno generato orientamenti ondivaghi, ora ammettendo l'appellabilità del decreto monocratico, ora negandola.

Probabilmente non è scorretta la prima interpretazione e nemmeno la seconda, dipendendo in buona sostanza dalle specifiche modalità con cui, nel caso concreto, viene condotto il giudizio di bilanciamento, di proporzionalità e ragionevolezza in rapporto alla conseguente individuazione dell'interesse dominante rispetto a quello recessivo.

La valorizzazione di tali principii comporta, quindi, una soluzione solo provvisoria volta ad arginare le conseguenze distorsive a cui può condurre la scelta di sposare incondizionatamente un orientamento oppure un altro.

Un'opzione che garantirebbe maggiore certezza sarebbe quella di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria allo scopo di dissipare i contrasti giurisprudenziali sul tema.

Una soluzione definitiva, invece, sarebbe quella di stimolare un nuovo intervento da parte del legislatore, chiamato a prendere posizione sulla necessità di assicurare una tutela che tenga conto anche di tali situazioni eccezionali e contingenti, che contempra, quindi, una tutela davvero piena ed effettiva.

---

diritto fondamentale è protetto in termini assoluti dalla Costituzione, ma – al contrario – è soggetto a limiti per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori, giacché altrimenti si farebbe “tiranno” (è interessante notare che la Corte usa testualmente questa colta terminologia di origine schmittiana), e porterebbe al totale annientamento di uno o più fattori in gioco».

### **Abstract**

Il contributo intende approfondire le recenti novità – sia legislative che giurisprudenziali – che hanno caratterizzato l'istituto processuale disciplinato dall'art. 56 c.p.a.

Difatti, nonostante l'assoluta chiarezza del dato normativo protenda verso l'inammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico, numerose sono le pronunce giurisprudenziali che l'ammettono.

La ragione di questa apertura si deve soprattutto al caso in cui tali decreti determinino una lesione dei diritti costituzionalmente garantiti.

Proprio su queste premesse, nel contributo saranno esaminati una serie di provvedimenti in cui il giudice amministrativo ha ammesso il suddetto appello valorizzando un'interpretazione costituzionalmente garantita dell'art. 56 c.p.a.

#### On The Appellability Of The Monocratic Precautionary Decree At The Time Of Covid-19: Opposing Guidelines

The contribution aims to deepen the recent innovations – both legislative and jurisprudential – that have characterized the trial institute governed by art. 56 c.p.a.

In fact, despite the absolute clarity of the normative data protenda towards the inadmissibility of the appeal against the monocratic protective decree, numerous are the jurisprudential pronouncements that admit it.

The reason for this openness is due in particular to the fact that such decrees result in an infringement of the constitutionally guaranteed rights.

Precisely on these premises, in the contribution will be examined a series of measures in which the administrative court has admitted the aforementioned appeal enhancing a constitutionally guaranteed interpretation of art. 56 c.p.a.



*L'angolo delle libertà*



*Lichtung und lichtmenschen*  
Il diritto del selvaggio totalmente altro\*

di Pier Luigi Portaluri

«Nulli certa domus, lucis habitamus opacis»  
Verg., *Aen.*, VI, 673

Fra i significati che la selva ha per l'uomo scarto subito quelli – diciamo così – negativi. Quelli dell'Inferno. Dove l'oscurità significa ignoto, dunque pericolo. Da cui uscire per salvarsi. Per guarire tornando nella luce, davanti al consolante tremolar della marina.

Non è questo. Penso invece all'accezione positiva. Al luogo a cui l'uomo, il grande sopraffattore nazista di questa Terra, deve restare estraneo. O al più avvicinarsi in suprema levità.

La *sylva* diviene così una categoria dello spirito.  
Un altro Dante (*Purg.*, I, 134-136):

*oh meraviglia! che qual egli scelse  
l'umile pianta, cotal si rinacque  
subitamente là ond'e' l'avelse*

ci dice della redenzione *in-nocente*: ultraterrena, impossibile. Non può né deve morire neppure "l'umile pianta", o deve comunque rinascere: subito; in quello stesso luogo; uguale a se stessa.

Trascuro ovviamente i possibili segni simbolico-esoterici, pur frequentissimi nella *Commedia*<sup>1</sup>.

Segnalo solo il celebre ascendente vergiliano (*Aen.*, VI, 136-137 e 143-144)

[...] *Latet arbore opaca  
aureus et foliis et lento vimine ramus*

---

\* Ho rielaborato e ampliato la mia relazione al convegno di Trento del 18 giugno 2021 su *Istituzioni selvagge? Il governo della cosa pubblica e della natura, tra rischi e opportunità*. Questo scritto è destinato agli studi in onore di Carlo Emanuele Gallo.

<sup>1</sup> Per tutti, R. GUÉNON, *L'esoterismo di Dante*, Adelphi, Milano 2001.

[...] *Primo avulso non deficit alter  
aureus, et simili frondescit virga metallo*  
su cui rinvio ovviamente a Frazer<sup>2</sup>.

Poi l'esistenza delicata di Danuta e il suo amore per una strana specie che costruisce ponti, l'uomo (il quale la ucciderà atrocemente, insieme con tutte le altre povere creature della valle)<sup>3</sup>:

“Danuta era contenta di essere stata fatta come i cervi e i daini. Le spiaceva un poco per l'erba, i fiori e le foglie che era costretta a mangiare, ma era felice di poter vivere senza spegnere altre vite, come invece è sorte delle linci e dei lupi. Aveva cura di visitare ogni giorno un luogo diverso, in modo che il verde nuovo cancellasse presto i vuoti; nel camminare, evitava di calpestare gli arbusti di salice, di nocciolo e di ontano, e girava al largo degli alberi d'alto fusto per non ferirli. Anche suo padre Brokne s'era sempre condotto così; di sua madre non aveva memoria. [...] Passò un mese, e già le fronde dei faggi volgevano al porporino, e di notte il torrente rivestiva i macigni di un sottile strato di ghiaccio. Ancora una volta Danuta fu svegliata in angoscia dall'odore del fuoco, e subito scosse Brokne per ridestarlo, perché questa volta l'incendio c'era. Nel chiarore della luna si vedevano tutto intorno innumerevoli fili di fumo che salivano verso il cielo, dritti nell'aria ferma e gelida: sì, come le sbarre di una gabbia, ma questa volta dentro erano loro. Lungo tutta la cresta delle montagne, sui due lati della valle, bruciavano fuochi, ed altri fuochi occhioggiavano molto più vicini, fra tronco e tronco. Brokne si levò in piedi brontolando come un tuono: eccoli dunque all'opera, i costruttori di ponti, i piccoli e solerti. Afferrò Danuta per il polso e la trascinò verso la testata della valle dove pareva che i fuochi fossero più radi, ma poco dopo dovettero tornare indietro tossendo e lacrimando, l'aria era intossi-

<sup>2</sup> J.G. FRAZER, *Il ramo d'oro. Studio sulla magia e la religione*, Boringhieri, Torino 1973, pp. 1080 ss. Cfr. anche M. MAŚLANKA-SORO, *L'oltretomba virgiliano e dantesco a confronto: qualche osservazione sul dialogo intertestuale nel Purgatorio*, in *Romanica Cracoviensia*, 2015, pp. 288 ss.: “Il ramoscello può essere interpretato come prefigurazione del giunco, ‘l'umile pianta’ (*Purg.* I, 135) con cui Dante pellegrino viene cinto da Virgilio (su ordine di Catone) all'inizio del suo percorso purgatoriale e che rinasce subito dopo esser stato staccato, proprio come accade con il *ramus aureus* (*Aen.* VI, 143). Il giunco, come il ramoscello nel caso di Enea, deve aiutare Dante a superare le difficoltà nel viaggio verso la beatitudine”.

<sup>3</sup> P. LEVI, *I costruttori di ponti*, in Id., *Ranocchi sulla luna e altri racconti*, Einaudi, Torino 2016, pp. 94 ss. I due passi che ho riportato nel testo sono a p. 94 e a p. 99: l'inizio e la fine del racconto.

Il ponte malefico, che serve all'uomo per conquiste distruttive della natura, in un'altra storia di Levi sembra invece essere un simbolo positivo (ma soccomberà dinanzi a un quasi impercettibile cambio del vento): “[...] e io ho sempre pensato che i ponti è il più bel lavoro che sia: perché si è sicuri che non ne viene del male a nessuno, anzi del bene, perché sui ponti passano le strade e senza le strade saremmo ancora come i selvaggi; insomma perché i ponti sono come l'incontrario delle frontiere e le frontiere è dove nascono le guerre” (P. LEVI, *Il ponte*, in Id., *La chiave a stella*, Einaudi, Torino 1979, p. 107).

cata, non si poteva passare. Nel frattempo, la radura si era popolata di animali di tutte le specie, anelanti ed atterriti. L'anello di fuoco e di fumo si faceva sempre più vicino; Danuta e Brokne sedettero a terra ad aspettare”.

L'uomo-costruttore-di-ponti si dispone nel suo esserci in modo esattamente contrario alla *Lichtung*. Non s'inoltra in punta di piedi nella *sylva* per cercare al suo interno il *lucus*, dove filamenti esili di Essere-luce-verità accettino di filtrare nella *Verbergung*, nel (gioco del) nascondimento: l'uomo ne aiuta l'apparire *forse* bruciando *qualche* albero, *forse* diradando *qualche* ramo. No, incendia indiscriminatamente.

Heidegger. Già il primo Heidegger. Quello che nel 1933 rifiuta la cattedra di Berlino. E decide invece di restare nella Foresta nera, nella sua *Hütte* di Todtnauberg<sup>4</sup>.

“Quanto a me, non mi accade proprio mai di mettermi a contemplare il paesaggio. Avverto i suoi cambiamenti, che si succedono da un'ora all'altra, giorno e notte, nel grande aprirsi e declinare delle stagioni. La gravità dei monti e il rigore delle loro antichissime rocce, la crescita pensosa degli abeti (*das bedächtige Wachsen der Tannen*), il fasto luminoso e schietto dei prati fioriti, il mormorio del ruscello di montagna nella grande notte d'autunno, l'austera semplicità delle terre coperte di neve profonda – tutto ciò si spinge e s'insinua con forza e risuona nell'esistenza quotidiana lassù, ritmandola interamente. [...] Quando, in una profonda notte invernale, si scatena, con i suoi colpi, una tempesta di neve attorno alla baita, e copre e seppellisce ogni cosa, allora è l'alto momento della filosofia (*dann ist die hohe Zeit der Philosophie*). [...] Il mondo della città corre il pericolo di cadere preda di una nociva *eresia*. Un'invasione molto chiasosa e molto indiscreta e molto estetizzante sembra spesso preoccuparsi del mondo dei contadini e del loro modo di abitare. Ma, *con tali modi*, si nega ciò che *adesso bisogna necessariamente fare*: mantenere le *distanze* (*Abstand halten*) dall'esistenza contadina, lasciarla *più* che mai alla propria decorosa legge. *Via le mani* – affinché non sia trascinata fuori di sé [...]. Ciò di cui [il contadino: n.d.r.] ha bisogno, ciò che vuole è soltanto questo: che si usi *quel po' di tatto* (*der schene Takt*) nei riguardi della propria esistenza e della singolarità che caratterizza il proprio modo di abitare”.

Heidegger – dice Fédier – “espone qui un *ethos* della limitazione”<sup>5</sup>: non so quanto volontaria, o quanto ontologica. Ma è già *Lichtung*. È già “selvaggia

<sup>4</sup> M. HEIDEGGER, *Perché restiamo in provincia*, in *Scritti politici (1933-1966)*, Piemme, Casale Monferrato 1998, pp. 179 ss., *passim*. Mi sono quasi completamente avvalso della traduzione dal tedesco di Gino Zaccaria, anche curatore dell'edizione italiana di quella raccolta, che si deve al compianto François Fédier. Per il testo originale, v. M. HEIDEGGER, *Schöpfungsbildung: warum bleiben wir in der Provinz*, cfr. ora il vol. XIII della *Gesamtausgabe (Aus der Erfahrung des Denkens – 1910-1976)*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2002, pp. 9 ss.

<sup>5</sup> F. FÉDIER, *op. cit.*, p. 346.

chiarezza”<sup>6</sup>. Arrivare alla radura del bosco dove l’Essere si svela e ri-svela esprime e richiede appunto un’etica profonda della *rinuncia*, in contrapposizione al suo opposto, la metafisica occidentale, “ossia al violento dominio dell’io sul mondo”<sup>7</sup>.

Le prime parole che titolano questo mio breve scritto esprimono quindi un ossimoro.

*Lichtung* vuol esser – lo ripeto ancora – il disporsi gentile e *umbratile* sulla Terra. Privo di ὄβρις. Erratico e malcerto, anzi<sup>8</sup>. Aperto a ciò che un tempo avremmo detto *das Heilige*, il “sacro”, oppure *das Ganz Andere*, “il totalmente altro”<sup>9</sup>.

Cacciari vi accosta – ma criticamente – il *claro* di María Zambrano<sup>10</sup>: dove “la luce è *opaca*; l’accento non cade sulla luminosità, *claritas*, ma sulla *debolezza* della luce [...] una luce pallida e irraggiante”<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> F. VOLPI, *La selvaggia chiarezza. Scritti su Heidegger*, Adelphi, Milano 2011.

<sup>7</sup> R. BODEI, *Lo zen oltre la metafisica* (recensione a F. TOSCANI, *Luoghi del pensiero. Heidegger a Todtnauberg*, Odissea, Milano 2011), in *Il Domenicale del Sole-24 ore*, 19 giugno 2011.

<sup>8</sup> A. MORGANTI, *Radure. L’opera operante di Keith Jarrett*, leggibile all’indirizzo [www.filosofia.it/archivio/images/download/argomenti/Radure\\_Jarrett\\_Morganti.pdf](http://www.filosofia.it/archivio/images/download/argomenti/Radure_Jarrett_Morganti.pdf), scorge giustamente *Lichtung* nel libero errare pianistico di Keith Jarrett (il Köln Concert ne è esempio perfetto, secondo me): “uno spazio sonoro dove la luce compare in forma di tremolio, respiro, chiarezza palpitante, e dove il suono dello Steinway perde di continuità, diviene tremolio compositivo esso stesso, quasi il tentativo di ritrovare un filo amplificando la funzione raddomantica dell’ascolto piuttosto che la performance vigorosamente produttiva” [corsivo originale].

<sup>9</sup> R. OTTO, *Il sacro. L’irrazionale nell’idea del divino e il suo rapporto al razionale*, ora in *Opere*, a cura di S. Bancalari, Fabrizio Serra editore, Pisa-Roma 2010, pp. 201 ss., spec. p. 215: “Ciò che è misterioso da un punto di vista *religioso* è, per esprimerlo nel modo forse più adeguato, il ‘totalmente altro’, ciò che cade assolutamente fuori dalla sfera dell’usuale, del comprensibile, del familiare e perciò del ‘rassicurante’, che anzi si pone in contrapposizione a tutto ciò e per questo riempie l’animo di sbalordimento” (“*Das religiös Mysteriöse ist, um es vielleicht am treffendsten auszudrücken, das ‘Ganz andere’, das aus der Sphäre des Gewohnten, Verstandenen und Vertrauten und darum Heimlichen schlechthin Herausfallende und zu ihm in Gegensatz sich Setzende, das darum das Gemüt mit starrem Staunen Erfüllende*”, Id., *Das Heilige. Über das Irrationale in der Idee des Göttlichen und sein Verhältnis zum Rationalen*, 4<sup>a</sup> Auflage, Trewendt und Granier, Breslau 1920, p. 29).

<sup>10</sup> M. ZAMBRANO, *Chiari del bosco*, Feltrinelli, Milano 1991. Ascoltiamone l’inizio, bellissimo nel suo esser così evocativo del passo umano leggero e non interrogante (p. 11; ho aggiunto i corsivi): “il chiaro del bosco è un centro nel quale non sempre è possibile entrare; lo si osserva dal limite (“desde la linde se le mira”) e la comparsa di alcune impronte di animali non aiuta a fare il passo. È un altro regno che un’anima abita e custodisce («Es otro reino que un alma habita y guarda»). Qualche uccello richiama l’attenzione, invitando ad avanzare fin dove indica la sua voce. E le si dà ascolto. Poi non si incontra nulla, *nulla che non sia un luogo intatto* (“luego no se encuentra nada, nada que no sea un lugar intacto”) che sembra essersi aperto solo in quell’istante e che mai più si darà così. *Non bisogna cercarlo. Non bisogna cercare. È la lezione immediata dei chiari del bosco: non bisogna andare a cercarli, e nemmeno a cercare nulla da loro* (“No hay que buscarlo. No hay que buscar. Es la lección inmediata de los claros del bosque: no hay que ir a buscarlos, ni tampoco a buscar nada de ellos”).

<sup>11</sup> M. CACCIARI, “*Lichtung*”: intorno a Heidegger e María Zambrano, in *Le parole dell’Essere. Per Emanuele Severino*, a cura di A. Petterlini, G. Brianese, G. Goggi, Milano 2005, pp. 123 ss., spec. p. 124.

E i *Lichtmenschen*, all'opposto. Dove *Licht* questa volta, sì, è luce. Gelida e implacabilmente scialitica. È l'umanità – un nuovo interminato *Volke*<sup>12</sup> – insieme *estrattiva*<sup>13</sup> e *distruittiva* nel suo *nazismo omniprensivo*; sfolgorante di tecnica nel potere – appunto – della luce conoscente e trasformante.

Le conseguenze di questa visione sono la separazione totale fra uomo e natura, e la connotazione della nostra era come plasmata – o sconvolta – dall'intervento umano, lanciato follemente verso la sesta estinzione di massa<sup>14</sup>. Sesta in assoluto, sì; la prima però non dovuta a cause naturali, poiché interamente provocata dall'uomo: viviamo nell'Antropocene, dove ogni parametro d'azione discende dalla specie umana, che esercita – egemone sulle altre – un dominio pieno e incontrollato.

Fra queste due possibilità, la scelta cui è chiamato il sorteggiato – il “gettato a vivere”<sup>15</sup> – non prevede un *tertium*: camminare lievi; o invece calzare occupativamente scarponi a carrarmato<sup>16</sup>.

La prima scelta sta, forse<sup>17</sup>, nella *Gelassenheit*: una concezione “non sogget-

---

<sup>12</sup> Così G.L. MOSSE, *Le origini culturali del Terzo Reich*, Il Saggiatore, Milano 2015, p. 9 s., a proposito di *Volke*: “è questo uno di quegli sconcertanti vocaboli tedeschi, le cui connotazioni trascendono l'accezione specifica. *Volke* è una parola assai più pregnante che non ‘popolo’ dal momento che, per i pensatori tedeschi, fin dall'inizio del romanticismo germanico, sullo scorcio del XVIII secolo, *Volke* denotava un insieme di individui legati da una ‘essenza’ trascendente, volta a volta definita ‘natura’, o ‘cosmo’ o ‘mito’, ma in ogni caso tutt'uno con la più segreta natura dell'uomo e che costituiva la fonte della sua creatività, dei suoi sentimenti più profondi, della sua individualità, della sua comunione con gli altri membri del *Volke*. Elemento essenziale era il legame dell'animo umano con il suo ambiente naturale, con l'‘essenza’ della natura. Le verità veramente fondamentali erano ritenute reperibili al di là delle apparenze. Un esempio – esempio che a conti fatti ha un'importanza cruciale nello sviluppo dell'ideologia nazional-patriottica – servirà a chiarire meglio che cosa questo legame significasse. Secondo molti teorici nazional-patriottici, la natura dell'animo di un *Volke* è determinata dal paesaggio natio. Così gli ebrei, da gente del deserto quali sono, andrebbero considerati gente superficiale, arida, ‘secca’, incapace di profondità e affatto mancante di creatività. A causa della nudità del paesaggio desertico, gli ebrei sarebbero un popolo spiritualmente arido, e quindi in netta antitesi con i tedeschi i quali, figli delle cupe foreste ammantate di nebbie, sarebbero profondi, misteriosi, reconditi. Proprio perché di continuo avvolti nelle tenebre, i tedeschi aspirerebbero al sole e sarebbero veri *Lichtmenschen* (uomini della luce)”: insomma, *lucus a non lucendo*.

<sup>13</sup> Per il concetto di estrazione cfr. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del Diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro 2017; e ancora U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, pp. 1117 ss.

<sup>14</sup> E. KOLBERT, *La sesta estinzione. Una storia innaturale*, Neri Pozza, Vicenza 2015. Sesta poiché segue le altre cinque – *the Big Five* – non dovute all'azione dell'*Homo sapiens*.

<sup>15</sup> Ecco la *Geworfenheit*: “‘essere-gettato’, ‘gettatezza’. È la condizione che connota l'esserci nella sua fatticità, e nella quale egli è all'oscuro circa la sua provenienza e la sua destinazione”: *Guida a Heidegger. Ermeneutica, fenomenologia, esistenzialismo, ontologia, teologia, estetica, etica, tecnica, nichilismo*, a cura di F. Volpi, Roma-Bari 1997, p. 315.

<sup>16</sup> “*Boots on the land*”, con un gergo d'ispirazione significativamente militare.

<sup>17</sup> Per Cacciari anche la *Gelassenheit* è comunque lo stare del “filo-sofo”, conoscitivo, nell'Essere, sempre interrogando: “sì, certo, la *Lichtung* heideggeriana non va affatto tradotta con *claritas*;

tivistica del Sé”, “non dualistica del rapporto fra individuo e mondo esterno”<sup>18</sup>, seguendo la quale “l’uomo non prende più se stesso come misura, ma si orienta secondo il Tao e così *lascia essere* la natura”<sup>19</sup>. Anzi, sa addirittura contemplarla *scomparendo* di fronte a essa: Toscani<sup>20</sup> paragona perciò il pensiero di Heidegger nella *Denkhütte* al disporsi d’animo di Li-Po, il poeta taoista dell’VIII secolo: “Ci sediamo insieme, la montagna e io, finché solo la montagna rimane”.

Ma il mistero è scomparso (“*all mystery is gone*”)<sup>21</sup>, gli dei sono fuggiti e nessun altro loro collega s’è nel frattempo degnato d’affacciarsi quaggiù per salvarci. Il mondo è pieno di disincanto<sup>22</sup>.

Il *Lichtmensch* prevale ovunque. E del Totalmente Altro resta appena una vaga nostalgia<sup>23</sup>. Il senso alto della meta, del “verso-dove” (*Das Wohin*), è smarrito in una indistinta, permanente lontananza. Che è anche vicinanza, poiché l’uomo a volte trattiene a sé il pensiero del lontano e si volge a esso: “la vicinanza rimemorante del lontano è ciò che la nostra lingua chiama ‘*Sehnsucht*’”<sup>24</sup>.

---

ma tuttavia “insiste” nel presentarsi come il sentiero (ben conoscibile) che al “chiaro” conduce” (M. Cacciari, “*Lichtung*”, cit., p. 127); mentre María Zambrano al “filo-sofo” contrappone il *bienventurado*: “Egli è colui che non cerca risposta attraverso l’interrogazione, ma che si rimette, che si rilascia all’ascolto della risposta che l’essere già è. Risposta opaca, nell’ombra, che sta nel profondo oscuro dell’abisso del nostro originario esser-gettati” (p. 128). “*Gelassenheit* e forma dell’interrogazione sono inconciliabili. Il *bienventurado*, invece, è abbandono nudo alla nuda vita [...]” (*ibidem*).

<sup>18</sup> Guida a Heidegger, a cura di F. Volpi, cit., p. 294.

<sup>19</sup> F. VOLPI (*op. ult. cit., ibidem*) richiama una riflessione di Ludwig Landgrebe.

<sup>20</sup> F. TOSCANI, *Luoghi del pensiero*, cit., p. 13.

<sup>21</sup> E. CASSIRER, *The myth of the State*, Yale University Press, New Haven 1946, p. 173: “In the history of our problem this fact marks a great and decisive step. For if we adopt this view, if we reduce the legal and social order to free individual acts, to a voluntary contractual submission of the governed, all mystery is gone”.

<sup>22</sup> L’*Entzäuberung der Welt* teorizzata da M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, Duncker & Humblot, München und Leipzig 1919, pp. 71 ss., spec. p. 87: „Nicht mehr, wie der Wilde, für den es solche Mächte gab, muss man zu magischen Mitteln greifen, um die Geister zu beherrschen oder zu erbitten. Sondern technische Mittel und Berechnung leisten das. Dies vor allem bedeutet die Intellektualisierung als solche” (“Non serve più utilizzare mezzi magici per dominare gli spiriti o per ingraziarsi, come fa il selvaggio, per il quale esistono poteri siffatti. Lo fanno i mezzi tecnici e il calcolo razionale. Sopra tutto questo significa l’intellettualizzazione in quanto tale”).

<sup>23</sup> M. HORKHEIMER, *Die Sehnsucht nach dem ganz Anderen*, Furche, Hamburg 1970 (trad. it., Id., *La nostalgia del totalmente Altro*, Queriniana, Brescia 1972).

<sup>24</sup> M. HEIDEGGER, *Wer ist Nietzsches Zarathustra?*, ora in *Gesamtausgabe*, vol. 7 (*Vorträge und Aufsätze*), Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M. 2000, pp. 99 ss.: „Für den Hinübergehenden [...] bleibt das Wohin stets in einer Ferne. Das Ferne bleibt. Insofern es bleibt, bleibt es in einer Nähe, in jener nämlich, die das Ferne als das Ferne bewahrt, indem es an das Ferne und zu ihm hin denkt. Die andenkende Nähe zum Fernen ist das, was unsere Sprache die Sehnsucht nennt?” (p. 107). Mi avvalgo della traduzione di Gianni Vattimo, che ha curato l’edizione italiana (Id., *Chi è lo Zarathustra di Nietzsche?*, in *Saggi e discorsi*, Mursia, Milano 1991, pp. 66 ss.): “Per colui che passa, [...] il “verso-dove” rimane sempre in una lontananza. La lontananza rimane. In quanto rimane, essa rimane in una vicinanza, cioè in quella vicinanza che custodisce il lontano come lontano, perché pensa al lontano e si volge verso di esso. La vicinanza rimemorante del lontano è ciò che la nostra lingua chiama *Sehnsucht*, nostalgia” (p. 70).

Il τόπος della selva – oramai secolarizzata, smaterializzata – può dirci però ancora qualcosa.

Il *lucus* potrebbe esprimere oggi il senso *generale* del dialogo con l'altamente significativo, come una mistica laica<sup>25</sup>.

E la stessa *alterità* non indica più la lontananza dolorosa dell'irraggiungibile, ma si rovescia nel suo contrario, pur rimanendo perfettamente tale, cioè *altra*.

*Altro* diviene ciò che già sempre<sup>26</sup> comprende l'uomo e nello stesso tempo gli si sottrae: il Tutto Vivente, o – se vogliamo utilizzare Teilhard de Chardin – la Noosfera.

È proprio qui il punto di contatto con l'esperienza del *giuridico*, la chiamata del giurista all'impegno regolativo. Che in Italia si è aperta e subito malamente chiusa.

La piccola riforma costituzionale pseudo-animalista e finto-ambientalista peserà per i decenni a venire. Inutile, se non proprio insidiosa.

L'art. 9 è uno dei “dodici apostoli” laici, i quali dicono i principi fondamentali della Repubblica. Norme che disegnano il viso civile del nostro Paese e degli italiani.

Sono quindi super-norme costituzionali: quasi di rango superiore a tutte le altre, pur se contenute nello stesso testo<sup>27</sup>.

Siamo dinanzi ai pilastri del sistema. Per cui – regola non scritta, ma di buon senso – non si dovrebbero toccare. A mia memoria non è mai successo, infatti. Almeno sino a oggi. Adesso il tabù è stato infranto. E quando si fa un buco nella diga, il rischio è che non ci si fermi.

Vediamo nel merito il contenuto della riforma. L'art. 9 riceve un comma ulteriore: “[la Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”.

Ma l'ambiente ha già ricevuto da tempo piena tutela nel nostro ordinamento, ottenuta – come tutti sanno – attraverso l'interpretazione evolutiva di quella norma.

V'è chi ritiene però che questa sia una riforma di “bilancio” non priva di utilità: servirebbe per consolidare traguardi di civiltà giuridica già conseguiti in via interpretativa e per evitare regressioni pericolose<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Meditare in Occidente. Corso di mistica laica*, Le Lettere, Firenze 2015.

<sup>26</sup> Lo *schon immer* di Konrad Weiß: „Vollbringe, was du mußt, es ist schon / Immer vollbracht und du tust nur Antwort“ (“Adempi a quel che devi, è già / sempre compiuto e tu puoi solo risponderne”).

<sup>27</sup> Merusi ha ben chiarito il significato profondo di quella collocazione assai provvida, secondo la nota e discussa ipotesi bachofiana circa la possibilità di *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*. L'incorporazione materiale dei valori supremi di un popolo nella Costituzione comporta che ogni trasgressione delle norme che quei valori recepiscono – anche se generata da una norma di pari rango formale – viola il contenuto fondamentale della Costituzione stessa (F. Merusi, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 8 ss.).

<sup>28</sup> M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente*:

Poi nella revisione costituzionale c'è la tutela degli "animali"<sup>29</sup>. L'obiettivo era quello di abbandonare finalmente la considerazione delle creature non umane alla stregua di semplici cose, per elevarle doverosamente alla stregua di esseri senzienti, e quindi soggetti titolari di diritti.

Missione fallita, purtroppo. La scelta mi appare di corto respiro. Dire che la tutela delle creature non umane è rimessa alle leggi dello Stato significa affermare un'ovvietà, dunque il nulla. La necessità di riconoscere soggettività a questi nostri fratelli, di proteggere la loro dignità, è stata trascurata dal Parlamento.

Queste vacuità – si legge nel nuovo art. 9 – sono previste "anche nell'interesse delle future generazioni". Forse sarebbe stato il caso di superare una volta per tutte quella visione antropocentrica per cui l'uomo sarebbe la misura e il fine di tutte le politiche pubbliche. A meno che per generazioni a venire si intenda tutto il Creato vivente – umano e non – che verrà. Ma ne dubito. Sarebbe stato troppo di frontiera, per un ceto politico come l'attuale.

Si doveva avere, a mio avviso, il coraggio di mirare alto<sup>30</sup>; di avere lo sguardo più sensibile verso l'Aperto: di essere *Lichtungsjuristen*.

Il tema vero – come ho detto – è quello dell'Antropocene; di un pianeta

---

*tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Quad. cost.*, 2021, pp. 297 ss., distingue "due diverse *rationes* (o finalità) che possono sempre potenzialmente caratterizzare un intervento di revisione costituzionale e che, in un caso come quello di specie, si rivelano entrambe astrattamente possibili e non necessariamente alternative l'una all'altra: da un lato, quella delle c.d. 'revisioni bilancio', realizzate per dare veste e sanzione formale a trasformazioni del tessuto costituzionale già intervenute e che siano state determinate da fonti normative sub-costituzionali o da fatti costituzionali sostanzialmente derogatori o integrativi, frutto della naturale evoluzione dell'ordinamento e ormai invalsi e non contrastati; dall'altro, quella delle c.d. 'revisioni programma', effettuate allo scopo di fondare un superamento o comunque un'evoluzione in chiave prospettica dell'attuale disciplina che si ritenga non più adeguata o della quale si intendano colmare eventuali lacune. Evidenti le 'utilità', ovviamente diverse, che scaturiscono da ciascuno dei due tipi di revisione: se quella del secondo tipo è facilmente identificabile nello stesso carattere – per definizione innovativo – dei contenuti normativi introdotti, dichiaratamente proiettati nel futuro, anche quella del primo tipo è in grado di assumere un rilievo tutt'altro che trascurabile, se solo si considera che essa, tramite il consolidamento formale di approdi già maturati in via interpretativa, conferisce a questi ultimi la "certezza" di un riferimento testuale idoneo a costituire per l'interprete, al tempo stesso, limite contro eventuali 'arretramenti' e fonte di possibili nuovi sviluppi evolutivi" (p. 298).

<sup>29</sup> Sarebbe sempre da evitare la parola 'animale'; splendida un tempo nel suo lieve etimo disincarnato, oggi greve: "O animal grazioso e benigno", Paolo chiama l'amata Francesca nel celeberrimo *Capitulum V* dell'*Inferno* (cfr. la bella, ancorché già discussa, edizione critica della *Comedia* – condotta col criterio dello stemma lachmanniano – per cura di F. Sanguineti, Edizioni del Galluzzo, Firenze 2001).

<sup>30</sup> M. ALBERTON, *Ambiente, biodiversità e ecosistema entrano a far parte dei principi fondamentali della Costituzione: quali sono le implicazioni per l'ordinamento italiano?*, in *lacostituzione.info*, parla giustamente di una riforma "senza particolare ambizione rispetto alle esperienze di nuovo costituzionalismo maturate in altri paesi (si pensi all'Ecuador e alla Bolivia, in cui la natura diventa soggetto giuridico e come tale titolare essa stessa di diritti)".

che si avvia serenamente verso la sesta estinzione di massa. Avevamo tante strade innanzi a noi, alcune già battute da popoli più intraprendenti. Considerare la Terra un solo organismo vivente, che si mantiene sull'equilibrio di tutti i parametri vitali. Immergersi nella splendida visione escatologica della Lettera ai Romani di Paolo<sup>31</sup>, per contemplare messianicamente ἡ ἀποκαταδοκία τῆς κτίσεως: l'attesa a capo eretto, come quando si aspetta – scrutando l'orizzonte – qualcuno che si ama.

Dovevamo guardare alla Creazione nella sua interezza, e sforzarci di abbracciarla *iridico more*. Lasciando l'uomo al suo posto, se proprio necessario: ma facendolo delicatamente chinare nel cuore di Gaia.

Bastava aver presente l'interpretazione di Zarathustra che nel 1953 ci dà Heidegger<sup>32</sup>. Dove il “convalescente” (*der Genesende*) è l'uomo che soffre per il

<sup>31</sup> Paolo, *Lettera ai Romani*, 8, 19-22: “ἡ γὰρ ἀποκαταδοκία τῆς κτίσεως τὴν ἀποκάλυψιν τῶν υἱῶν τοῦ θεοῦ ἀπεκδέχεται· τῇ γὰρ ματαιότητι ἡ κτίσις ὑπετάγη, οὐχ ἑκούσα ἀλλὰ διὰ τὸν ὑποτάξαντα, ἐφ’ ἐλπίδι ὅτι καὶ αὐτὴ ἡ κτίσις ἐλευθερωθήσεται ἀπὸ τῆς δουλείας τῆς φθορᾶς εἰς τὴν ἐλευθερίαν τῆς δόξης τῶν τέκνων τοῦ θεοῦ. οἶδαμεν γὰρ ὅτι πάντα ἡ κτίσις συστενάζει καὶ συνοδίνει ἄχρι τοῦ νῦν” (“L’ardente aspettativa della creazione, infatti, è protesa verso la rivelazione dei figli di Dio. La creazione infatti è stata sottoposta alla caducità – non per sua volontà, ma per volontà di colui che l’ha sottoposta – nella speranza che anche la stessa creazione sarà liberata dalla schiavitù della corruzione per entrare nella libertà della gloria dei figli di Dio. Sappiamo infatti che tutta insieme la creazione geme e soffre fino a oggi le doglie del parto”).

Di profondità abissale è il commento alla lettera paolina di G. AGAMBEN, *Il tempo che resta*, Bollati Boringhieri, Torino 2000.

<sup>32</sup> M. HEIDEGGER, *Wer ist Nietzsches Zarathustra?*, cit.: „Gegen Ende des dritten Teiles von ‚Also sprach Zarathustra‘ steht ein Abschnitt mit der Überschrift ‚Der Genesende‘. Das ist Zarathustra. Doch was heißt ‚der Genesende‘? ‚Genesen‘ ist das selbe Wort wie das griechische νέομαι, νόστος. Dies bedeutet: heimkehren; Nostalgie ist der Heimschmerz, das Heimweh. ‚Der Genesende‘ ist derjenige, der sich zur Heimkehr sammelt, nämlich zur Einkehr in seine Bestimmung. Der Genesende ist unterwegs zu ihm selber, so daß er von sich sagen kann, wer er ist“ (p. 102). [...] „Deshalb steht am Beginn seines Weges das andere Wort: ‚Ich lehre euch den Übermenschen‘. Bei dem Wort ‚Übermensch‘ müssen wir allerdings zum voraus alle falschen und verwirrenden Töne fernhalten, die für das gewöhnliche Meinen anklingen. Mit dem Namen ‚Übermensch‘ benennt Nietzsche gerade nicht einen bloß überdimensionalen bisherigen Menschen. Er meint auch nicht eine Menschenart, die das Humane wegwirft und die nackte Willkür zum Gesetz und eine titanische Raserei zur Regel macht. Der Übermensch ist vielmehr, das Wort ganz wörtlich genommen, derjenige Mensch, der über den bisherigen Menschen hinausgeht, einzig um den bisherigen Menschen allererst in sein noch ausstehendes Wesen zu bringen und ihn darin fest zu stellen“ (p. 105). [...] „Doch woher stammt der Notruf nach dem Übermenschen? Weshalb genügt der bisherige Mensch nicht mehr? Weil Nietzsche den geschichtlichen Augenblick erkennt, da der Mensch sich anschickt, die Herrschaft über die Erde im Ganzen anzutreten. Nietzsche ist der erste Denker, der im Hinblick auf die zum ersten Male heraufkommende Weltgeschichte die entscheidende Frage stellt und sie in ihrer metaphysischen Tragweite durchdenkt. Die Frage lautet: ist der Mensch als Mensch in seinem bisherigen Wesen für die Übernahme der Erdherrschaft vorbereitet? Wenn nicht, was muß mit dem bisherigen Menschen geschehen, daß er sich die Erde ‚Untertan‘ machen und so das Wort eines alten Testaments erfüllen kann? Muß dann der bisherige Mensch nicht über sich selbst hinaus gebracht werden, um diesem Auftrag entsprechen zu können?“ (pp. 105 s.).

desiderio di tornare a casa, cioè incontro al suo destino, verso se stesso, ond'egli sia ciò che è. Tendendo all'autosuperamento, o al progredire per le vie d'un civilissimo e impossibile *Übermensch*, finalmente pacificato nel rapporto con la Terra. Meritevole, per la sua mitezza, di ereditarla<sup>33</sup>.

La Costituzione, almeno nei suoi tratti fondamentali, deve avere il coraggio dell'Utopia: come diceva un mio perduto amico, “discorso giuridico e discorso utopico possono essere [...] accostati in quanto entrambi prefigurano assetti sociali non attuali”<sup>34</sup>.

Slancio vitale, dunque; e occhi sempre rivolti al futuro.

Nel 1948 credo fosse così.

Ma oggi quel sogno si è come rattrappito<sup>35</sup>. Un gabbiano ipotetico senza più neanche l'intenzione del volo.

---

Anche qui utilizzo la traduzione di Gianni Vattimo ricordata più sopra: “Verso la fine della terza parte di *Così parlò Zarathustra* c'è un pezzo intitolato ‘Il convalescente’ (*Der Genesende*). Il convalescente è Zarathustra. Ma che cosa significa, qui, convalescente? Il verbo *genesen* (guarire, recuperare la salute), è lo stesso che il verbo greco *νέομαι*, *νόστος*. Questo verbo significa ‘tornare a casa’; la nostalgia è la pena della lontananza, il dolore di chi è via da casa. ‘Il convalescente’ è colui che si raccoglie per tornare a casa, cioè per dirigersi alla dimora del suo destino (*Bestimmung*). Il convalescente è in cammino verso se stesso, così che può dire di sé che egli sia”. (p. 67) [...] “Perciò, all'inizio del suo cammino, si incontra un'altra parola: ‘*Io vi insegno il superuomo*’. Nella parola ‘superuomo’ dobbiamo anzitutto allontanare tutte le risonanze false e svianti che l'accompagnano nella mentalità comune. Con il termine ‘superuomo’ Nietzsche non indica per nulla un esemplare particolarmente perfetto dell'uomo attuale. Né intende una specie di uomini che metta da parte ciò che è umano ed eriga a legge il puro arbitrio e a regola una sorta di furia titanica. Il superuomo è invece, prendendo il termine esattamente alla lettera, quell'uomo che va oltre l'uomo così com'è stato e com'è, soltanto per portare finalmente l'uomo attuale in quella sua essenza che ancora gli manca e stabilirlo in essa” (p. 69). “Ma donde viene il grido che fa appello al superuomo? Perché l'uomo così com'è e com'è stato non è più sufficiente? Perché Nietzsche riconosce il momento storico in cui l'uomo si accinge ad accedere al dominio della terra nella sua totalità. Nietzsche è il primo pensatore che, nella prospettiva della storia universale quale si configura per la prima volta, pone la domanda decisiva e la pensa sino in fondo in tutta la sua portata metafisica. La domanda suona: l'uomo in quanto tale, nel suo essere quale si è determinato fino ad oggi, è preparato ad assumere il dominio della terra? Se non lo è, quali mutamenti deve subire, in modo che possa ‘assoggettare’ la terra e così adempiere la parola di un antico Testamento? Non occorrerà che l'uomo attuale sia portato *oltre* se stesso, perché possa adeguarsi a questo compito?” (p. 69).

<sup>33</sup> Come nella terza Beatitudine: “μακάριοι οἱ πραεῖς, ὅτι αὐτοὶ κληρονομήσουσι τὴν γῆν”.

<sup>34</sup> A. ROMANO TASSONE, *Su diritto ed utopia: le «utopie imperfette» del giurista*, in AA.VV., *I poteri e i diritti. Incontri sulla frontiera*, ESI, Napoli 2011, pp. 19 ss., spec. p. 21.

<sup>35</sup> È il monologo bellissimo e disperato di Sandro Luporini portato in scena da Giorgio Gaber, *Qualcuno era comunista*.

# La ‘cittadinanza di genere’: le nuove frontiere dell’uguaglianza fra uomini e donne

di Anna Simonati

SOMMARIO: 1. La rilevanza giuridica della parità di genere, fra riforme normative nazionali... – 2. ... e sollecitazioni sovranazionali. – 3. La *ratio* degli interventi per la parità di genere e il rapporto con il principio di uguaglianza. – 4. Cittadinanza e ‘cittadinanza di genere’: un cenno alle tassonomie. – 5. La ‘cittadinanza di genere’ come strumento interpretativo innovativo della realtà: ambiti applicativi e implicazioni sistematiche.

## 1. *La rilevanza giuridica della parità di genere, fra riforme normative nazionali...*

Spesso le questioni di genere sono relegate, nel comune sentire, ad ambiti meta- o extra-giuridici<sup>1</sup>. In realtà, si tratta di un profilo di immediata rilevanza per il diritto, dal momento che il comma 1 dell’art. 3 Cost. vieta proprio le disparità di trattamento irragionevoli fra donne e uomini<sup>2</sup>.

Procedendo necessariamente per sommi capi, può dirsi che, dopo la svolta

---

<sup>1</sup> Non può negarsi, del resto, che proprio al di fuori del contesto giuridico la riflessione sulle questioni di genere ha sortito risultati importanti in epoca risalente. Per limitarsi ai riferimenti essenziali, v., in proposito: S.B. ORTNER, H. WHITEHEAD,  *Sesso e genere. L’identità maschile e femminile*, Palermo, 2000 (orig. 1981); F. RESTAINO, A. CAVARERO, *Le filosofe femministe*, Paravia, Torino, 1999; E. RUSPINI, *Le identità di genere*, Carocci, Roma, 2003; AA.VV., *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, a cura di E. RUSPINI, Guerini Ass., Milano, 2005; J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminis, and the Subversion of Identity*, Routledge, London, 2007; F. ZAJCZYCK, *La resistibile ascesa delle donne in Italia. Stereotipi di genere e costruzione di nuove identità*, il Saggiatore, Milano, 2007; AA.VV., *Culture socializzative, identità e differenze di genere. Approcci disciplinari a confronto*, a cura di I. CRESPI, SIMPLE, Macerata, 2011.

<sup>2</sup> In proposito, come è ampiamente noto, i contributi della dottrina sono numerosissimi. Con esclusivo riferimento a quelli di più immediata attinenza al tema della parità di genere, v., per esempio: A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; L. PALADIN, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965; M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 582 ss., e IDEM, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 25 ss.; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992; AA.VV., *L’idea di eguaglianza*, a cura di R.J. ARNESON, I. CARTER, Milano, 2001; B. CARAVITA, *Oltre l’eguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984; A. CERRI, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, IDEM, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L’Aquila, 1984, e IDEM, *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma, 2003; C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il grande equivoco*, in *F. it.*, 1996, I, 1961 ss.; G. MONTELLA, (voce) *Pari opportunità*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2008, agg., 585 ss., in più punti; M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana: da individui a persone*, Bologna, 2002, e IDEM, *Le nuove frontiere della giustizia: disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2007; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003; IDEM, *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. Dir.*, 2001, 155 ss.; AA.VV., *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, a cura di L. GAETA, L. ZOPPOLI, Torino, 2012

costituzionale<sup>3</sup>, la riforma dell'ordinamento italiano si è (benché in modo un po' discontinuo e frammentario) dipanata – grazie anche all'opera di adattamento svolta dalla Consulta – a partire dal settore lavoristico<sup>4</sup> e dal diritto di famiglia<sup>5</sup>, in cui precedentemente le discriminazioni erano assai evidenti. L'aspirazione alla piena attuazione del principio di uguaglianza sostanziale sta inequivocabilmente alla base, poi, della modifica dell'art. 51 Cost.<sup>6</sup> (che ha determinato l'inserimento nel testo della norma del riferimento espresso alle azioni positive, già previste

<sup>3</sup> In verità, alcuni segnali di una “proto-normativa” a tutela della parità di genere sono rintracciabili già all'inizio del XX secolo; si tratta, però, di una disciplina tendenzialmente “protezionistica” a vantaggio delle lavoratrici, in particolare se madri, più che rivolta al riconoscimento e alla promozione della parità fra uomini e donne (si pensi già alla legge 19 giugno 1902, n. 242, e al Testo unico sul lavoro delle donne e dei fanciulli del 1907). Sull'evoluzione nel sistema italiano, v. per esempio, sinteticamente, M.V. BALLESTRERO, *Occupazione femminile e legislazione sociale*, in *Riv. givr. lav. prev. soc.*, 1976, 645 ss., e, più recentemente, M. TANTURLI, *Le pari opportunità di genere nell'ordinamento nazionale: lo stato dell'arte*, in *Il dir. sanitario moderno*, 2012, 2, 99 ss. Anche in relazione all'attuazione degli obblighi di recepimento della disciplina dell'Unione europea, v. poi A. ROSSELLI, *La politica sull'uguaglianza di genere in Italia. Analisi approfondita*, Parlamento europeo – Direzione generale politiche interne, Bruxelles, 2014

<sup>4</sup> In proposito, in dottrina, v. già, per esempio, M.V. BALLESTRERO, *Occupazione femminile e legislazione sociale cit.*, 647 ss. Per i riferimenti legislativi pertinenti v. G. MONTELLA, (voce) *Pari opportunità cit.*, e M. MARCUCCI, M.I. VANGELISTI, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Occasional Papers, n. 188, Banca d'Italia, giugno 2013, 9 ss.

<sup>5</sup> Com'è ampiamente noto, la tappa forse in proposito maggiormente significativa, quanto meno sul piano simbolico, è rappresentata dall'abolizione del reato di adulterio a carico della moglie. In proposito, nella dottrina coeva, v. per esempio: A. GELPI, *La “depenalizzazione” dell'adulterio e conseguenti argomentazioni*, in *Lo stato civile italiano*, 1970, 280 ss.; G. ROSSO, *Fine della punibilità dei reati di adulterio e concubinato*, in *Homo*, 1970, 13 s.; G. PERICO, *Non è più reato l'adulterio?*, in *Agg. soc.*, 1970, 57 ss.; F. MANTOVANI, *Un altro passo verso l'uguaglianza giuridica dei coniugi*, in *Temi*, 1970, 1 ss.; A. D'ANGELO, *Ancora sull'adulterio e la Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1970, 468 ss. Più recentemente v., per esempio, V. SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 366 ss.; M.G. DONNO, *Cittadinanza duale e democrazia paritaria. Etiche e politiche di genere*, Università Aldo Moro, Bari, 2010, 144 s., e P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturali in Italia*, in *Famiglia dir.*, 2011, 628 ss. In prospettiva generale, v., inoltre: F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013; P. ZATTL, *I diritti e i doveri dei coniugi*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1996; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1990; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995; E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1999; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Milano, 2002; AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, t. III, Padova, 1992.

<sup>6</sup> V. art. 1, legge cost. 30 maggio 2003, n. 1.

nella l. 10 aprile 1991, n. 125)<sup>7</sup> e dell'art. 117, c. 7<sup>8</sup> (ove oggi si responsabilizzano i legislatori regionali alla produzione di normative *gender sensitive*). Sul fronte delle fonti primarie, l'espressione più organica di questo fermento è rappresentata dall'emanazione del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice per le pari opportunità)<sup>9</sup>.

È evidente come il diritto pubblico sia intervenuto, per così dire, con minore prontezza rispetto al diritto privato. Non è questa la sede per un approfondimento delle ragioni di tale ritardo. Riassuntivamente, pare di poterle individuare sia nel non agevole radicamento soggettivo degli interessi alla parità di genere, sia (in prospettiva più pragmatica) nella difficoltà con cui le donne notoriamente in Italia accedono alle posizioni di potere. In epoca recente, tuttavia, vari segnali incoraggianti provengono dalle disposizioni vigenti, soprattutto con la previsione delle quote di genere<sup>10</sup> e della rendicontazione di genere dell'attività svolta dagli enti pubblici (in particolare, da quelli territoriali)<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> In proposito, in dottrina, v. per esempio: AA.VV., *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, *Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991 n. 125*, a cura di M.V. BALLESTRERO, T. TREU, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994; AA. VV., *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici. Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, a cura di M.L. DE CRISTOFARO, Napoli, 1993; AA.VV., *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive cit.*; P. CATALINI TONELLI, *Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge n. 125/1991 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, 51 ss.

<sup>8</sup> V. art. 3, legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>9</sup> V.: L. CALAFÀ, *Pari opportunità e divieti di discriminazione. Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della Dir. 2006/54/CE: profili sostanziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 537 ss.; E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 853 ss.; T. GERMANO, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Lav. nella giur.*, 2006, 748 ss.; E. SIGNORINI, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna: l'attività di vigilanza e i codici di condotta*, in *La nuova giurispr. civ. comm.*, 2008, 389 ss.

<sup>10</sup> Varie disposizioni introducono oggi quote di genere in ambito pubblicistico. Molto riassuntivamente, si pensi, per esempio, alle norme contenute, a seguito di varie riforme, nel decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 sulla composizione degli organi di governo gli enti locali (in particolare, gli artt. 17, 46, 71 – oggetto, fra l'altro, della recente pronuncia della Consulta 10 marzo 2022, n. 62 – e 73); si pensi, inoltre, alla legge 2 luglio 2004, n. 165 sulla normativa elettorale regionale, in particolare con riferimento all'art. 4, e alla legge 3 novembre 2017, n. 165 sul sistema elettorale parlamentare, in particolare agli artt. 1 e 2. Per quanto concerne, poi, la composizione delle commissioni concorsuali per l'accesso al pubblico impiego, v. soprattutto il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, precisamente all'art. 57, c. 1, lett. a) (su cui sia consentito rinviare per brevità ad A. SIMONATI, *Le "quote di genere" alla prova dei fatti: l'accesso delle donne al potere e i giudici amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 998 ss.). Infine, per quanto concerne la parità di genere nella composizione degli organi societari, si pensi alla legge 12 luglio 2011, n. 120 ha fatto seguito, con previsioni ancora più significative, la legge 27 dicembre 2019, n. 160.

<sup>11</sup> Sullo strumento del bilancio di genere v. soprattutto l'art. 10, decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e l'art. 9, decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 90. Anche in questo caso, per brevità sia consentito richiamare sul punto le considerazioni espresse in A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico "inclusivo"? Riflessioni alla luce del diritto positivo*, e in EADEM, *La cittadinanza di genere: gli sviluppi recenti*, in *Diritto e genere: analisi interdisciplinare e comparata. Seconda*

## 2. ... e sollecitazioni sovranazionali

Non sarebbe corretto ritenere che la progressiva attenzione per il riequilibrio di genere nel sistema italiano rappresenti un fenomeno del tutto spontaneo. Al contrario, sul punto il nostro ordinamento è senz'altro debitore delle sollecitazioni provenienti dal livello sovranazionale, soprattutto da quello eurounitario<sup>12</sup>.

Spesso, le norme formulate in quella sede pongono auspici di natura prevalentemente programmatica o precetti di amplissima portata, il che consente ai singoli legislatori di produrre le regole adattandole al contesto di riferimento. Se, infatti, è innegabile in ambito continentale l'esistenza di radici culturali comuni, la percezione delle tematiche *gender sensitive* è tutt'altro che unitaria. Anzi, appaiono spesso eterogenei l'intensità e le modalità dell'intervento dei legislatori, che, a seconda del grado di maturazione della consapevolezza sulle tematiche di genere presso le rispettive popolazioni, agiscono direttamente sul piano normativo o si limitano ad assecondare le buone prassi spontaneamente applicate<sup>13</sup>.

---

*edizione con appendice di aggiornamento*, a cura di S. SCARPONI, Padova, 2016, rispettivamente 115 ss. e 355 ss.

<sup>12</sup> Per una panoramica generale in materia, v.: J. KANTOLA, *Gender and the European Union*, London, Palgrave Macmillan, 2010. V. anche, per esempio: S. AMADEO, *Le azioni positive di genere alla prova del principio di eguaglianza. Un solo principio dalle multiformi applicazioni nel diritto dell'Unione o più principi?*, R. NUNIN, *Azioni positive e contrasto alle discriminazioni di genere nel lavoro: la Corte di giustizia e il diritto "diseguale"*, A.O. COZZI, *Principio di eguaglianza, parità nella funzione genitoriale e principio meritocratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia sulle azioni positive*, O. GATTINARA, *Il problema delle azioni positive nel diritto della funzione pubblica dell'Unione europea: il caso della Commissione*, tutti in *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, a cura di F. SPITALERI, Torino, 2013, rispettivamente 109 ss., 129 ss., 141 ss., 175 ss. V., poi, M. MARCUCCI, M.I. VANGELISTI, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa cit.*, 5 ss. Inoltre, v. riassuntivamente L. TRIA, *La discriminazione basata sul genere, nei rapporti uomo-donna*, in *Dir. uomo*, 2012, 2, 5 ss.; v. anche L. MURA, *I diritti delle donne e la tutela della diversità nel diritto internazionale*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 1, 47 ss., D. KALOGEROPOULOS, *La Convenzione internazionale contro ogni discriminazione verso le donne*, in *Soc. dir.*, 1989, 1, 71 ss., V. BISCARDI, *Le pari opportunità uomo-donna: un quadro internazionale, comunitario e nazionale*, in *Dir. uomo*, 1999, 2, 12 ss., e P.J. ELLIOT, *La prospettiva etica nella Conferenza ONU di Pechino sulla donna*, in *Med. mor.*, 1995, 1175 ss.

<sup>13</sup> La coesistenza, a livello transnazionale, di strumenti di diritto positivo e di buone prassi è particolarmente evidente, per esempio, nel settore delle quote di genere. V. *Sistemi elettorali che prevedono quote riservate alle donne e loro applicazione in Europa*, a cura di EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE GENERAL INTERNAL POLICIES OF THE UNION, settembre 2008, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2008/408309/IPOL-FEMM\\_ET\(2008\)408309\\_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2008/408309/IPOL-FEMM_ET(2008)408309_IT.pdf). V., poi: G. O'BRIEN, *Women in the Boardroom: Should the U.S. Have Quotas?*, in *Business Ethics*, 3 agosto 2011, in <http://business-ethics.com/2011/08/03/women-in-the-boardroom-should-the-us-have-quotas/>; S. TERJESEN, R.V. AGUILERA, R. LORENZ, *Legislating a Woman's Seat on the Board: Institutional Factors Driving Gender Quotas for Boards of Directors*, in *Journal of Business Ethics*, Settembre 2013, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2327576](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327576); M. HUSE, C. SELERSTAD, *Getting Women on to Corporate Boards*, in *Business Review*, 7 marzo 2014, in <http://www.bi.edu/bizreview/articles/getting-women-on-to-corporate-boards/>. V. anche AA.VV., *La parità di genere nella pubblica amministrazione*, coord. da E. MORLINO, Rapporto I.R.P.A., Napoli, Editoriale Scientifica 2013. Per una mappatura delle buone prassi esistenti in Europa nel campo delle pari opportunità di genere,

Al di là dei confini europei, in prospettiva globale, poi, una totale omologazione fra ordinamenti non solo appare irrealizzabile, ma – è necessario riconoscerlo – sarebbe forse persino controproducente. Infatti, l'imposizione repentina e artificiosa di modelli culturali estranei alla mentalità delle popolazioni interessate (o quanto meno alla loro maggior parte) potrebbe essere percepita come antidemocratica e sortire, di conseguenza, rischiose reazioni di insofferenza.

Resta comunque auspicabile, ovviamente, il raggiungimento di un grado minimale di unificazione della disciplina vigente nei vari contesti, in tanto in quanto la parità di genere rispecchia la necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone. Su questo piano, una tendenziale uniformazione, in particolare nella formulazione di idonee garanzie di rango costituzionale, certamente appare come un passo ovunque necessario e doveroso. Il contributo dei sistemi sovranazionali, agevolando il dialogo fra realtà eterogenee, può essere importante per instaurare circoli virtuosi di conoscenza reciproca.

### 3. *La ratio degli interventi per la parità di genere e il rapporto con il principio di uguaglianza*

La ratio che accumuna gli interventi in materia di pari opportunità di genere appare in un certo qual modo polivalente. In primo luogo, essa ha certamente a che fare con la necessità di proteggere i diritti fondamentali delle persone, per assicurare il pieno sviluppo individuale. Col passare del tempo, tuttavia, ci si è resi conto che la promozione della presenza femminile nella vita professionale e istituzionale rappresenta anche occasione di arricchimento per tutte le componenti della società e per questa globalmente considerata. Il pluralismo dei punti di vista e dei contributi, infatti, consente maggiore completezza dei profili esaminati in vista di qualsiasi decisione ed è dunque garanzia di ottimizzazione dei risultati. Pertanto, è riduttivo ritenere che il cosiddetto *empowerment* femminile corrisponda a un interesse esclusivo delle donne. In realtà, rispecchia un'aspirazione (necessariamente comune) all'efficienza complessiva dell'azione istituzionale<sup>14</sup>.

v. infine M. MOSCA, *Imparare dalle esperienze. E dalle buone pratiche*, in <http://www.ingenere.it/articoli/imparare-dalle-esperienze-e-dalle-buone-pratiche>, e v. i *reports* aggiornati reperibili nel sito istituzionale dello European Institute for Gender Equality al link <https://eige.europa.eu/publications>.

<sup>14</sup> Nel dibattito dottrinale internazionale in materia di quote elettorali, v. sul punto: A. CORNWALL, A.M. GOETZ, *Democratizing Democracy: Feminist Perspectives*, in *Democratization*, 2005, 12, 5, 783 ss.; L. SCHWINDT-BAYER, *Making Quotas Work: The Effect of Gender Quota Laws On the Election of Women*, in *Legislative Studies Quarterly*, 2009, 34, 5 ss.; L.J. CHEN, *Do Gender Quotas Influence Women's Representation and Policies?*, in *The European Journal of Comparative Economics*, 2010, 7, 1, 13 ss.; M. TADROS, A.A. COSTA (eds), *Politics' in Quotas: Add Women and Stir?*, IDS Bulletin, 2010, 41, 5; D. DAHLERUP, L. FRENDEVALL, *Judging Gender Quotas: Predictions and Results*, in *Policy and Politics*, 2010, 38, 3, 407 ss.; M. DE PAOLA, V. SCOPPA, R. LOMBARDO, *Can Gender Quotas Break Down Negative Stereotypes? Evidence from Changes in Electoral Rules*, in *Journal of Public Economics*, 2010, 94, 344 ss.; M.M. HUGHES, *Intersectionality, Quotas, and Minority Women's Political Representation Worldwide*, in *American Political Science Review*, 2011, 105, 3, 604 ss.; R. PANDE, D. FORD, *Gender Quotas and Female*

In questo poliedrico contesto, assumere come punto di riferimento giuridico-normativo il solo principio costituzionale di uguaglianza – pur nella sua duplice accezione, formale e sostanziale – può risultare insufficiente.

L'art. 3, Cost., infatti, si rivolge primariamente ai legislatori, nazionale e regionali. Di conseguenza, è suscettibile di estrinsecarsi essenzialmente nella produzione di nuove fonti, benché sia altresì in grado di indirizzare l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni già vigenti. Pertanto, un po' paradossalmente, esso non consente di valorizzare pienamente il fondamentale rilievo del ruolo delle buone prassi che, a "bocce normative ferme", possono incrementare l'indice di realizzazione concreta della parità di genere.

In secondo luogo, il riferimento al principio costituzionale di uguaglianza, pur essendo un tassello indispensabile, non è forse di per sé in grado di configurare una nuova consapevolezza circa la necessità che l'ordinamento nel suo insieme si impegni costantemente per l'acquisizione di risultati costruttivi per il riequilibrio della condizione di uomini e donne. Non a caso, finora, nel contesto delle politiche pubbliche<sup>15</sup>, le azioni per la parità di genere sono state viste essenzialmente come una possibile integrazione, di portata meramente ancillare, nell'ambito degli altri settori dell'intervento delle istituzioni. Tale approccio merita un ripensamento: precisamente, alle politiche antidiscriminatorie di genere va riconosciuta autonoma dignità, affinché alle conseguenti iniziative corrisponda una voce di investimento pubblico coerente e unitaria.

È giunta l'ora, pertanto, di ricondurre questo fascio di esigenze ad unità concettuale. A tal fine, la valorizzazione della nozione di 'cittadinanza di genere' può risultare assai utile.

#### 4. *Cittadinanza e 'cittadinanza di genere': un cenno alle tassonomie*

Il concetto di 'cittadinanza di genere'<sup>16</sup> deriva originariamente dalle rifles-

---

*Leadership: A Review*, Background Paper for the World Development Report on Gender, 2011, in <http://www.hks.harvard.edu/fs/rpande/papers/Gender%20Quotas%20-%20April%202011.pdf>; H. HAIDER, *Effects of Political Quotas for Women*, GSDRC Helpdesk Report, Governance and Social Development Resource Centre (GSDRC), Birmingham, 2011.

<sup>15</sup> A proposito della questione di genere nell'ambito delle politiche pubbliche v., per esempio, A. DONÀ, *Genere e politiche pubbliche. Introduzione alle pari opportunità*, Milano 2007, S. PICCONE STELLA, C. SARACENO, *Genere. La costruzione sociale del maschile e del femminile*, Bologna, 1996, e M.G. ROSSILLI, *I diritti delle donne nell'Unione Europea. Cittadine Migranti Schiave*, Roma, 2009.

<sup>16</sup> Data la necessità di sintesi di questo contributo, per la ricostruzione del dibattito scientifico in materia sia consentito richiamare i riferimenti bibliografici reperibili in alcuni scritti precedenti. Precisamente, v.: A. SIMONATI, *Cittadinanza di genere: riferimento (solo) simbolico o concetto (anche) giuridico?*, in *Attraverso i confini del genere*, a cura di E. BELLÉ, B. POGGIO, E. SELMI, Trento, 2012, 121 ss.; EADEM, *La cittadinanza di genere: per l'uguaglianza sostanziale oltre la cittadinanza in senso stretto*, in *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, a cura di F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI, Trento 2014, 285 ss.; EADEM, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico "inclusivo"?* *Riflessioni alla luce del diritto positivo cit.*, 115 ss.; EADEM, *La cittadinanza di genere: gli sviluppi recenti cit.*, 355 ss.; EADEM,

sioni degli studiosi di scienze sociali. Esso mira a designare quell'insieme di strumenti che può consentire – o quanto meno agevolare – la partecipazione di tutte e tutti, indipendentemente (ma non a prescindere) dal genere di appartenenza, alla vita pubblica.

Tale nozione presenta indubbiamente un legame profondo con la promozione dell'*empowerment* femminile. In questa, però, non si risolve, poiché ha a che fare anche con il superamento degli stereotipi sull'identità delle donne e degli uomini<sup>17</sup>. Inoltre, coinvolge il ruolo potenzialmente inclusivo svolto dai soggetti (pubblici e formalmente privati) incaricati del perseguimento dell'interesse della collettività. Pertanto, il suo oculato utilizzo può condurre all'accoglimento di prospettive inedite nella lettura complessiva dell'ordinamento.

È interessante notare, peraltro, come, per coniare una nozione potenzialmente dirompente rispetto ai paradigmi giuridici tradizionali, si sia declinato in maniera innovativa un vocabolo – cittadinanza – a sua volta profondamente radicato proprio nella tradizione giuspubblicistica<sup>18</sup>.

---

*La 'cittadinanza di genere': una possibile chiave di lettura dell'evoluzione normativa*, in *Diritto e genere: temi e questioni*, a cura di S. SCARPONI, Padova, 2020, 27 ss. V. anche i riferimenti bibliografici ivi indicati.

<sup>17</sup> Per limitarsi a richiamare alcuni contributi dottrinali recenti sul punto, v.: C. PAGELLA, *Gli stereotipi come violazione di un diritto fondamentale: l'Italia condannata (ancora) per le discriminazioni di genere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1149 ss.; A. PITINO, *Gli stereotipi di genere in prospettiva giuridica, dalla CEDAW all'ordinamento italiano (con un cenno alla Francia)*, in *DPCE online*, 2021, 619 ss.; S. VICIANI, *Il riconoscimento del danno non patrimoniale alla salute sessuale della persona, libero dagli stereotipi di genere?*, in *La nuova giurisp. civ. comm.*, 2017, 1646 ss.; M. DI MASI, *Danno patrimoniale da perdita del lavoro domestico maschile: la Cassazione contro gli stereotipi di genere in famiglia*, in *Danno resp.*, 2015, 814 ss.; M. MOSCHEL, *La tutela giuridica contro gli stereotipi di genere*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 443 ss.

<sup>18</sup> Ovviamente, non è questa la sede per ricostruire i percorsi dottrinali e giurisprudenziali che hanno accompagnato l'evoluzione del concetto di cittadinanza nell'ambito del diritto pubblico. A dimostrazione della varietà degli aspetti controversi, v. in dottrina, a mero scopo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza: A. RAUTI, *la cittadinanza tra 'sostanza', mercato e persona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 493 ss.; S. RESTUCCIA, *La cittadinanza in genere: storia ed attualità*, in *Lo stato civ. it.*, 2019, 1, 24 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Cittadinanza e diversità culturale*, in *Percorsi cost.*, 2018, 3 ss.; M. FIORILLO, *Fra stato e mercato: spunti in tema di Costituzione economica, costituzione culturale e cittadinanza*, in *Riv. A.I.C.*, 2018, 2, 15 pp.; R. CARIDÀ, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, in *federalismi.it*, 2017, 14, 26 pp.; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. società*, 2016, 305 ss.; M. FIORAVANTI, *Le trasformazioni della cittadinanza nell'età dello Stato costituzionale*, in *Quad. fior. storia pens. giur. mod.*, 2012, 41, 427 ss.; P. DE IOANNA, *Livelli essenziali di cittadinanza e funzionamento della democrazia rappresentativa: qualche notazione*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2012, 753 ss.; T. DE PASQUALE, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto "europeizzato" di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 445 ss.; L. RONCHETTI, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in <http://www.grusol.it/informazioni/08-11-12.PDF>, consultato il 15 settembre 2013; B. DI GIACOMO RUSSO, *Dalla cittadinanza legale alla cittadinanza amministrativa*, in *Quad. amm.*, 2012, f. 1, 15 ss.; T. GUARNIER, *Cittadinanza e unità. Della diluizione di un dispositivo performativo*, in *federalismi.it*, 2012, 4, 24 pp.; D. PORENA, *C'è spazio anche in Italia per una concezione "culturalista" della cittadinanza? Brevi profili comparatistici e spunti di riflessione in vista di una revisione della legislazione nazionale*, in *federalismi.it*, 2012,

Certamente, può dirsi che fra i due concetti – cittadinanza e ‘cittadinanza di genere’ – non c’è né una corrispondenza biunivoca relativamente all’ambito della legittimazione soggettiva che li contraddistingue, né un rapporto di *genus* e *species*. Non sarebbe corretto ritenere, infatti, che la ‘cittadinanza di genere’ debba essere applicata esclusivamente alle cittadine e ai cittadini italiani o europei. Al contrario, la sua genesi scientifica va ricondotta all’intento di estendere alle donne in quanto tali – e non in quanto cittadine in senso giuridico – una serie di garanzie tradizionalmente loro precluse. Gli sviluppi successivi della nozione si riconnettono alla necessità che il genere di appartenenza non rappresenti mai un indebito condizionamento alle potenzialità di sviluppo della persona. L’ambito soggettivo di applicabilità, dunque, è individuato a prescindere dall’esistenza di un legame giuridico stabile fra l’individuo e un gruppo di riferimento e il fondamento costituzionale è riposto nel nostro ordinamento (oltre, e forse più ancora, che nel principio di uguaglianza di cui all’art. 3) nel riconoscimento dei diritti inviolabili, *ex art. 2*.

Ne consegue che la nozione giuridica di cittadinanza rappresenta solo un “antecedente logico” rispetto a quella di ‘cittadinanza di genere’. Nella sua declinazione in relazione al genere, la cittadinanza perde i suoi connotati classici di concetto “esclusivo” (idoneo a identificare i cittadini quali soggetti privilegiati rispetto a tutti gli altri, in quanto destinatari di pienezza di tutela) e assume la fisionomia di concetto inclusivo. La protezione della ‘cittadinanza di genere’, dunque, punta all’eliminazione delle barriere tradizionalmente erette in nome della pretesa distinzione fra attitudini e capacità maschili e femminili, ma non incide ontologicamente sul concetto di cittadinanza in senso stretto.

##### 5. *La ‘cittadinanza di genere’ come strumento interpretativo innovativo della realtà: ambiti applicativi e implicazioni sistematiche*

La particolare ricchezza delle implicazioni applicative della ‘cittadinanza di genere’ non sfugge ai legislatori regionali più attenti, i quali, infatti, da qualche anno esplicitamente richiamano tale concetto, quale chiave di lettura di portata olistica e parzialmente innovativa, nei propri atti normativi<sup>19</sup>.

2, 24 pp.; E. BALBONI, *Autonomie, Regionalismo, Federalismo: verso un nuovo patto di cittadinanza*, in *Quad. reg.*, 2011, 935 ss.; P. BENI, *Crisi e politica della cittadinanza*, in *Quest. Giustizia*, 2011, f. 3-4, 7 ss.; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 425 ss.; S. GIUBBONI, *La cittadinanza democratica come fonte di coesione sociale*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2011, f. 1, 131 ss.; v. anche A. FEDELI, *Appello per una riforma della legge sulla cittadinanza*, in *Iustitia*, 2012, f. 2, pt. 2, 245 ss.

<sup>19</sup> In particolare, si pensi agli esempi virtuosi nella legge regionale Toscana 2 aprile 2009, n. 16, nella legge regionale Marche 23 luglio 2012, n. 23 e nella legge regionale Emilia-Romagna 27 giugno 2014, n. 6. I pertinenti riferimenti sono rintracciabili soprattutto in A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico “inclusivo”? Riflessioni alla luce del diritto positivo cit.*, 115 ss., e in A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: gli sviluppi recenti cit.*, 355 ss.

Non solo. Al di là dei riferimenti espressi nella normativa regionale, l'utilizzo in sede interpretativa della lente della 'cittadinanza di genere' ha permesso in epoca recente di cogliere in modo più immediato ed esaustivo le implicazioni *gender sensitive* di una serie di meccanismi giuridici.

Ciò è vero, innanzi tutto, in vista della corretta collocazione sistematica di alcuni istituti, che sono stati espressamente disciplinati con il preciso intento di dare applicazione al principio di parità fra uomini e donne nel diritto pubblico. Si tratta sia degli strumenti posti a garanzia della presenza femminile nei cosiddetti "luoghi del potere" (fra cui certamente spiccano le cosiddette "quote di genere")<sup>20</sup>, sia della blanda previsione della predisposizione di bilanci di genere da parte degli enti pubblici<sup>21</sup>.

L'applicazione del filtro della 'cittadinanza di genere' permette, poi, di rivedere criticamente alcuni strumenti tradizionali del diritto pubblico. Si pensi, per esempio, alla formulazione degli atti amministrativi (tra gli altri, dei bandi concorsuali) secondo modalità più attente alla composizione di genere della platea dei potenziali "destinatari"<sup>22</sup>; alla rimodulazione dei servizi erogati (soprattutto a livello locale), tenendo conto delle diverse esigenze degli utenti in base al genere di appartenenza<sup>23</sup> (e, in quest'ambito, alla cosiddetta "medicina di genere"<sup>24</sup>, la quale punta a rendere consapevoli gli operatori del settore delle specificità psi-

---

<sup>20</sup> Per ragioni di sintesi di questo contributo, sia consentito rinviare per i pertinenti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, ad A. SIMONATI, *Le "quote di genere" alla prova dei fatti: l'accesso delle donne al potere e i giudici amministrativi cit.*, 998 ss. Più recentemente, v. per esempio: V. FOGLIAME, *La parità di genere nella legge elettorale e il ruolo dei partiti politici*, in *Osserv. Cost.*, 2018, 3, 16 pp.; E. IMPARATO, *La rappresentanza di genere tra sistemi elettorali, giurisprudenza costituzionale e modelli socio-culturali di "effettiva uguaglianza"*, in *Riv. A.I.C.*, 2018, 35 pp.

<sup>21</sup> Ancora una volta per ragioni di sintesi di questo contributo, sia consentito rinviare per i pertinenti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, oltre che agli scritti già citati, ad A. SIMONATI, *L'adozione del bilancio di genere: una sfida reale (e realistica) per banche e assicurazioni?* in *Istit. Fed.*, 2012, 461 ss.

<sup>22</sup> Sulla rilevanza della formulazione linguistica "*gender sensitive*" nella predisposizione degli atti di diritto pubblico, v. per esempio: AA.VV., *Gender in legislative language. From EU to national law in English, French, German, Italian and Spanish*, a cura di S. CAVAGNOLI, L. MORI, Frank & Timme, Berlin, 2019, su cui v. E. Poddighe, *Il legislatore (a) sessista: il dibattito sul "linguaggio di genere" in un libro recente*, in *Dir. informazione informatica*, 2020, 1 ss.; M. DE BENEDETTO, *Uguaglianza di genere, lingue e linguaggio: un punto di vista di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2019, 83 ss. V. anche S. BALDIN, *Eguaglianza di genere e principio antisubordinazione. Il linguaggio antidiscriminatorio come caso di studio*, in *GenUS*, 2016, 1, 15 pp., e F. FUSCO, *Il potere delle parole e le parole al potere: qualche spunto sul ruolo del "femminile" nella comunicazione istituzionale*, in *Il lavoro nelle pp.aa.*, 2016, 699 ss.

<sup>23</sup> In proposito, per esempio, v. A. LORENZETTI, *Le discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari. Ovvero delle tensioni irrisolte del diritto antidiscriminatorio*, in *BioLaw Journ. – Riv. biodir.*, 2019, 2, 91 ss., nonché F. SPEROTTI, *Donne e trasporti: un binomio da potenziare*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 907 ss.; v. anche i riferimenti ivi indicati.

<sup>24</sup> Per una sintetica panoramica su questo tema, v., per esempio, M. SALMI, *Perché abbiamo bisogno di una medicina di genere*, in *InGenere*, 21 aprile 2016, e C. MANNELLI, *Medicina di genere. Un obiettivo ancora lontano?*, in *Notizie Politica*, 2020, 138, 67 ss.

cofisiche di uomini e donne, in vista dell'assunzione di adeguati procedimenti e strumentazione diagnostici e terapeutici); o ancora all'organizzazione dell'attività professionale extradomestica in maniera più flessibile e più sensibile alla conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro<sup>25</sup>. Un'altra fattispecie interessante riguarda l'emanazione delle ordinanze sindacali di necessità e urgenza. Laddove esse vietino l'uso di taluni indumenti femminili (segnatamente, *burqa* e *niquab* – atti a occultare il volto di chi li indossa – per ragioni di sicurezza, e *burquini* per ragioni di igiene e salubrità pubblica), il profilo delle loro possibili implicazioni discriminatorie correlate all'appartenenza di genere (oltre che a quella di matrice etnica, culturale e religiosa) è assai rilevante<sup>26</sup>. Non a caso, la giurisprudenza<sup>27</sup> da tempo evidenzia – parzialmente in deroga all'ordinaria compressione degli oneri motivazionali, che contraddistingue globalmente le ordinanze di necessità e urgenza – l'esigenza che l'assunzione delle misure indicate sia pienamente compatibile con il parametro della ragionevolezza dell'apposizione di divieti assoluti, che potrebbe determinare odiosi effetti di segregazione e autosegregazione di genere.

Infine, neanche il settore della repressione e (soprattutto) della prevenzione dei reati è impermeabile agli effetti dell'adozione della prospettiva della 'cittadinanza di genere'. Quest'ultima, infatti, mette in luce l'esigenza di recupero dell'indipendenza materiale e dell'autostima delle donne oggetto di comportamenti violenti, persecutori o discriminatori. Si tratta di un risultato, ben più ambizioso della mera "messa in sicurezza" della persona, che non solo passa necessariamente per il suo pieno reinserimento sociale, ma anche rifugge da meccanismi di "vittimizzazione permanente"<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Questo tema è assai dibattuto in dottrina. Per limitarsi a pochi riferimenti, v. A.E. MATARAZZO, *La parete sottile della discriminazione tra uomo e donna in ambito lavorativo*, in *Lo stato civ. ital.*, 2019, 2, 75 ss., nonché C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Dir. relaz. ind.*, 2018, 804 ss., e L. CALAFÀ, *Contrattare incentivi per la conciliazione tra vita professionale e vita privata*, in *Il lav. nella giurispr.*, 2018, 1, 33 ss.

<sup>26</sup> V. in dottrina: A. LORENZETTI, *Il divieto di indossare "burqa" e "burqini". Che "genere" di ordinanze?*, in *Le regioni*, 2010, 349 ss., ove sono reperibili ampi riferimenti, relativi sia alla prassi amministrativa, sia alla giurisprudenza amministrativa in materia. V. anche: C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.; V. GRECO, *Il divieto di indossare il velo islamico: tutela della sicurezza o strumento di lotta politica? Quando il sindaco eccede i suoi poteri*, nota a Tar Friuli-Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2426 ss.; M. MINNITI, F. MINNITI, *Tra libertà religiosa e ordine pubblico sindaco ko alla guerra del velo islamico*, nota a Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, n. 44, 2006, 108 ss.

<sup>27</sup> V., per esempio, fra le sentenze risalenti: Cons. St., VI, 19 giugno 2008, n. 3076, in *Comuni Italia*, n. 10-11, 2008, I, 4; Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, n. 44, 2006, 108; Tar Friuli-Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2423.

<sup>28</sup> Per esempio, v. E. CORN, *Non parlarmi, non ti sento. Il perdurante disallineamento tra i bisogni delle donne maltrattate e le tutele offerte dalle norme penali*, in *Riv. it. med. leg. Dir. in campo sanit.*, 2018, 599 ss. e F. DI MUZIO, *La tutela processuale della vittima di violenza*, in *I dir. dell'uomo: cronache e battaglie*, 2012, 3, 58 ss.

L'attenzione per il momento applicativo e la sensibilità necessariamente interdisciplinare, con cui il parametro della 'cittadinanza di genere' è suscettibile di essere declinato, fatalmente richiede l'instaurazione di un rapporto sinergico fra saperi, in carenza della quale verrebbe a mancare la capacità di cogliere le implicazioni virtuose o viziose delle politiche pubbliche praticate nei vari settori.

Questa questione si pone, ovviamente, *a priori*, nel momento della programmazione iniziale degli interventi. Ancora più profondamente, però, si pone *a posteriori*, allorché, in vista dell'assunzione delle scelte strategiche circa la continuazione o l'interruzione delle sperimentazioni svolte ovvero circa l'esigenza di apportare modifiche di carattere normativo, sia indispensabile valutare i risultati prodotti.

Il problema della "misurazione" degli esiti raggiunti è particolarmente spinoso. Esso rileva soprattutto in relazione all'intrinseca transitorietà delle azioni positive e alla conseguente cessazione della loro legittimazione giuridica, allorché gli obiettivi a cui erano preordinate siano stati ottenuti. Pertanto, sarebbe necessario individuare degli indicatori in grado di convertire su basi oggettive, almeno in via tendenziale, fattori di natura prevalentemente qualitativa in coefficienti quantitativi<sup>29</sup>. La sedimentazione di esiti condivisi sul punto – sia in chiave interdisciplinare, sia in chiave transnazionale – consentirebbe, tra l'altro, di affrontare la tematica dell'uguaglianza fra uomini e donne in una prospettiva potenzialmente globale, mediante l'acquisizione di dati omogenei e reciprocamente commensurabili. Tuttavia, manca ad oggi nel mondo scientifico piena condivisione di criteri valutativi, applicabili senza incertezze.

La carenza di coordinate tecnico-scientifiche rappresenta dunque un fattore di debolezza del paradigma, per altri versi quanto mai utile, della 'cittadinanza di genere'. A ben vedere, tuttavia, anche questo elemento, in parte certamente negativo, non è privo di risvolti positivi.

La difficoltà di "misurare" l'efficienza dell'attività delle istituzioni, infatti, è un problema aperto, che accomuna le diverse branche del diritto pubblico<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> In proposito, con riferimento all'ambito europeo, v., per esempio: J. PLANTENGA, C. REMERY, H. FIGUEIREDO, C. FAGAN, M. SMITH, *Towards a European Union Gender Equality Index*, in *Journ. Eur. Social Policy*, 2009, 19, 19 ss., nonché S. KLASSEN, D. SCHÜLER, *Reforming the Gender-Related Development Index and the Gender Empowerment Measure: Implementing Some Specific Proposals*, in *Feminist Economics*, 2011, 17, 1, 2011, 1 ss.; E. BERICAT, *The European Gender Equality Index: Conceptual and Analytical Issues*, in *Social Indicators Research*, 2012, 108, 1, 1 ss.; J. PLANTENGA, C. REMERY, *Measuring Gender Equality within the European Union*, in *Gender and the European Labour Market*, a cura di F. BETTIO, J. PLANTENGA, M. SMITH, Routledge, New York, 2013, 36 ss. Per quanto riguarda l'esperienza delle regioni italiane, è interessante, per esempio, M. AMICI, M.L. STEFANI, *A Gender Equality Index for the Italian Regions*, Bank of Italy Occasional Paper, 2013, n. 190.

<sup>30</sup> Per esempio, v., nella dottrina recente, R. VIVIANI, *La "Post-2015 Agenda": il ruolo degli indicatori nel contesto della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2015, 95 ss., nonché E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, *ivi*, 2017, 445 ss., E. IVALDI, G. BONATTI, *Un indicatore per la misurazione della partecipazione culturale e sociale nelle regioni italiane*, in *Econ. dir. terziario*, 2016, 283 ss.;

Pertanto, l'evidenziazione delle insidie correlate all'individuazione di parametri quantitativi di valutazione, con riferimento alla corretta applicazione della parità di genere, pone in risalto l'intrinseco legame disciplinare con le scienze giurispubblicistiche, non solo sul piano dei principi costituzionali, ma anche nel prisma del diritto amministrativo. Si tratta di un risultato epistemologico e pratico di non poco conto, suscettibile di rafforzare la configurazione delle questioni di genere come problema (anche) profondamente giuridico.

Può dirsi, in questa prospettiva, che il virtuoso processo di "giuridificazione", che ha preso le mosse dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ha evidenziato nella condizione femminile una forma di vulnerabilità talmente antica e sedimentata da risultare a lungo invisibile e passivamente accettata. Solo oggi l'ordinamento ha maturato il grado di consapevolezza necessario e sufficiente per percepirla come tale e contrastarla come fonte di iniquità giuridica e sociale. È ora quanto mai opportuno corroborare tale nuova sensibilità mediante la predisposizione di nuovi strumenti di intervento che, affiancandosi a quelli più risalenti, siano suscettibili di fungere da catalizzatore degli esiti del riequilibrio della condizione di uomini e donne. L'approfondimento degli sforzi per la piena realizzazione delle pari opportunità potrebbe determinare l'estensione virtuosa delle potenzialità inclusive di normativa e buone prassi, che, se si sono fino ad ora rivolte quasi esclusivamente a tutela delle donne in quanto genere sottorappresentato nella vita pubblica, nel prossimo futuro ben potrebbero essere utilizzate anche per promuovere il coinvolgimento della componente maschile della società nei campi (per esempio, l'espressione della genitorialità, lo svolgimento del lavoro domestico e di cura o taluni settori professionali tuttora fortemente "femminilizzati"), in cui la presenza degli uomini è infrequente o sottovalutata.

*Recensioni*



## Recensione del volume “Lidia e altre. Pari opportunità ieri e oggi: l’eredità di Lidia Poët”, di Chiara Viale, Milano 2022

di Laura Lorello

1. La lettura del libro di Chiara Viale, avvocata del Foro di Milano, sulla vita e la vicenda professionale di Lidia Poët, si presenta interessante sotto diversi aspetti. Innanzitutto, l’A. ci regala una prosa scorrevole e piacevole, accompagnandoci dentro la storia di una donna particolare e tenace; siamo così guidati nella esistenza di Lidia, che, come la stessa A. afferma, parla e ci parla direttamente (p. 21). Vi è poi una descrizione di luoghi ed episodi accurata ma non tediosa, nella quale gli elementi riportati mirano a *farci vedere* e a *farci vivere* ciò che Lidia vedeva e viveva. Possiamo, in tal modo, vestire i suoi panni e provare le sue emozioni.

Un secondo elemento di pregio è dato dalla ricostruzione pacata della storia della prima avvocata italiana. Vi si legge una difesa della causa femminile, una denuncia della discriminazione motivata dal sesso, ma senza accenti davvero polemici o atteggiamenti militanti, esattamente come mai polemiche e militanti furono le parole e le azioni di Lidia. Un aspetto interessante a riguardo, cui l’A. da giusto rilievo, è l’atteggiamento dei colleghi di Lidia, quando frequentava il corso di Giurisprudenza dell’Università di Torino, prima donna del Regno d’Italia: “I compagni di corso non l’accolgono affatto male”, erano “sempre rispettosi e cortesi, tanto che quando lei arrivava in aula, smettevano di fumare e di «schiamazzare»” (p. 30). Così anche i professori, che la trattavano “in maniera benevola ed equanime” (p. 30). Si può cogliere qui come, benché si fosse alla fine del 1800, l’idea che una donna frequentasse un corso di Giurisprudenza e potesse giungere alla laurea non era completamente peregrina; certo suscitava sorpresa, ma almeno nel contesto universitario torinese, nessun pregiudizio o rifiuto aprioristico.

Un altro profilo è degno di attenzione in questa prospettiva. Si tratta della scelta del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Torino di iscrivere la dottoressa Poët, che si era laureata nel 1881 e che aveva superato l’esame di abilitazione per la professione di avvocato nel 1883, all’Albo degli Avvocati di Torino, nello stesso 1883. Certo, non una decisione unanime, l’A. ci parla di “una seduta infuocata” “in quell’afoso pomeriggio del 9 agosto 1883” (p. 37), alla quale seguirono le dimissioni di alcuni consiglieri; ma una decisione limpida, che rifiutava le motivazioni contrarie, espressione di paludosi pregiudizi e luoghi comuni del passato, con otto voti a favore e quattro contrari.

Nella descrizione dell’A. emergono la moderazione e l’equilibrio di Lidia, che possono cogliersi già nel suo percorso di studi. Benché volesse frequentare il liceo classico per studiare il latino, decise di sottostare alla volontà della famiglia e intraprese gli studi per diventare maestra. Ma era solo una strategia, poiché, con-

clusi quelli, chiese e ottenne di iscriversi al liceo classico; e successivamente frequentò l'università, prima la facoltà di medicina, poiché la professione medica era allora già aperta alle donne, per poi cambiare, approdando finalmente al corso di giurisprudenza. Tutto ciò, però, avvenne senza lacerazioni o conflitti: Lidia accetta e obbedisce, ma riesce a convincere, con il suo impegno e la sua passione, l'intera famiglia a lasciarle realizzare il suo obiettivo, dandole l'appoggio.

L'approccio moderato e razionale è presente anche nella sua tesi di laurea, dal titolo "Condizione della donna rispetto al diritto costituzionale e al diritto amministrativo nelle elezioni. Dissertazione per la laurea in legge". Qui, anziché difendere in modo acritico l'attribuzione del diritto di voto alle donne, Lidia preferisce guardare alla situazione concreta: che senso ha dare alla donna la possibilità di esprimere il proprio voto se le stesse si trovano in uno stato di profonda ignoranza?

Con le sue parole: "Il voto alle donne nelle condizioni presenti sarebbe un male, come lo sarebbe a mio credere il suffragio universale agli uomini; le nostre condizioni di cultura intellettuale vi si oppongono" (p. 33). Si può scorgere già in questa occasione l'attenzione per la questione educativa femminile; senza un'istruzione adeguata, senza una conoscenza e una comprensione dei meccanismi di voto, così come dei contenuti delle proposte politiche e degli orientamenti dei partiti, quale voto potrà mai esprimersi? Non certo un voto consapevole e libero, che è, invece, l'obiettivo da perseguire. Lidia è ben avveduta del fatto che per arrivarvi la donna deve essere portata fuori dal "cerchio della famiglia", da quella sfera privata che per le donne era divenuta una gabbia<sup>1</sup>; la donna deve essere messa nelle condizioni di potere camminare "accanto all'uomo come una compagna e non trascinatavi come una schiava" (p. 33). È noto che le donne italiane avrebbero potuto votare per la prima volta tra marzo e aprile del 1946, per le elezioni amministrative di alcuni comuni, e successivamente avrebbero votato il 2 giugno del 1946, per il referendum istituzionale e per l'elezione dei componenti dell'Assemblea Costituente, avviando il cammino verso l'eguaglianza tra i sessi della Costituzione repubblicana.

2. L'iscrizione all'Ordine degli Avvocati di Torino non fu però il finale lieto del percorso di Lidia, ma l'inizio di una lunga guerra, che si chiuderà con la sua vittoria solo molti anni dopo, nel 1920, quando aveva ormai 65 anni.

Il provvedimento di iscrizione, infatti, venne impugnato dal Procuratore del Re dinnanzi alla Corte d'Appello di Torino, che accolse il ricorso, dichiarando che quella iscrizione non doveva avere luogo (p. 49). In questo passaggio del libro si ritrovano il clima di pregiudizio e le odiose posizioni discriminatorie, che finora non erano palesemente emersi. Le argomentazioni del Procuratore hanno

<sup>1</sup> Così S. M. OKIN, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, 2007, 8.

ben poco di giuridico, essendo tale il solo riferimento al fatto che la legge che regolava la professione di avvocato, pur non escludendo espressamente le donne, altrettanto espressamente non le includeva: secondo il Procuratore sarebbe stata necessaria una legge speciale in tal senso.

Tutto il resto è una trama spiacevole e offensiva, allora come ora, di affermazioni discriminatorie: le donne possono sì svolgere la professione di insegnante o di medico, ma si tratta di attività che “per loro indole ed entità, sono ben diverse da quelle che riassumono il patrocinio”, questo richiede “un mandato nobile quanto arduo”, “un robusto impegno, ampiezza di dottrina, laboriosità indefessa” (p. 43). Ancora: la parificazione della donna all’uomo *infrangerebbe* “le armonie della famiglia”.

In tal modo, essa verrebbe allontanata dalla sua *naturale* collocazione, la sfera interna e familiare, dal suo *naturale* ruolo, di moglie e di madre. Di più: discutere cause nelle aule giudiziarie contaminerebbe la sua *moralità*, sottraendola al “fascino della poesia”, all’ “elettricità del sentimento”, “all’incanto della grazia e del pudore” (p. 44).

Nella sua replica l’avvocata Poët, diversamente, si limitò ad esporre ragioni di tipo giuridico, contestando, in particolare, che alle donne fossero sempre “richieste attitudini” e “requisiti di preparazione e competenza ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge per gli uomini” (p. 44).

Viene in luce qui il riferimento alle attitudini, che sarebbe tornato, come si dirà, nel dibattito in Assemblea Costituente. Altro argomento di rilievo riportato dalla Poët è quello della scelta: non deve essere la legge a stabilire preventivamente che sono troppi gli ostacoli da superare perché le donne possano esercitare la professione di avvocato. Devono essere le donne a valutare e decidere se quegli ostacoli siano davvero insormontabili e scegliere di conseguenza. Peraltro, ricorda ancora la Poët, le donne svolgono già numerose professioni, per le quali il problema non sembra essersi posto: perché proprio per l’avvocatura? (p. 46).

3. La decisione della Corte d’Appello riporta ulteriori elementi, rispetto a quanto già esposto dal Procuratore del Re, tra i quali meritano attenzione quello della configurazione dell’avvocatura come ufficio pubblico, al quale le donne storicamente non possono essere ammesse, e quello del rischio di *corruzione* della purezza della professione forense e della stessa funzione giudicante, minacciate da abbigliamenti e acconciature poco consone ai luoghi e agli uffici e dalla eventuale “leggadria” dell’avvocata (p. 53). In questo passaggio l’A. ci permette di cogliere l’ottusità dell’approccio: cosa si osserva in una donna che esercita la professione di avvocato? L’abito? L’acconciatura? La bellezza? Nessun riferimento alla sua capacità logico-argomentativa? All’eloquio e all’oratoria?<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Sotto questo profilo, M. D’AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano 2020, 53, ricorda come, formatasi l’Assemblea Costituente, accanto alle esperienze e alle

Lidia non si arrese e impugnò la decisione della Corte d'Appello in Cassazione. L'esito non sarebbe cambiato, poiché, venne confermata la decisione di primo grado, ma la Corte di Cassazione si mostrò più astuta nelle sue argomentazioni, evitando di scendere su un terreno apertamente discriminatorio e trincerandosi dietro la scelta del legislatore, che non aveva aperto alle donne la professione forense. Nella sentenza fu, peraltro ripreso, un più risalente aspetto, quello della sensibilità femminile: le donne non sono adatte alla professione di avvocato non perché meno dotate intellettualmente rispetto all'uomo, ma perché prevalgono in esse "talune facoltà dello spirito su altre" (p. 60). Si tratta di un argomento che ha resistito fino ai nostri giorni, come ricorda l'A., che porta, ad esempio, a ritenere le donne più idonee a dedicarsi al diritto di famiglia che non al diritto societario, sia in qualità di avvocato, che in qualità di magistrato.

Nel racconto dell'A. si prosegue con la descrizione della vita di Lidia, ormai privata della possibilità di essere avvocatessa, che scelse di esprimere il proprio impegno affiancando il fratello Enrico, anche lui avvocato, presso lo studio di famiglia, trattando cause che non avrebbe mai potuto discutere e scrivendo atti che non avrebbe mai potuto firmare. Si dedicò anche alla questione dei diritti dei detenuti e alla funzione rieducativa della pena (p. 74 ss.) e al diritto di voto delle donne (p.78 ss.). Lidia muore nel 1949, ormai molto anziana; muore da avvocatessa, avendo potuto ottenere l'iscrizione all'Ordine nel 1920; e muore all'alba della Costituzione repubblicana, che avrebbe inaugurato una nuova stagione per la parità tra i sessi.

#### 4. La lettura del libro di Chiara Viale suscita diverse riflessioni.

4.1. Una prima considerazione riguarda l'aspetto delle famose *attitudini*. La questione delle attitudini, affrontata dalla Poët nella sua replica al ricorso del Procuratore del Re, si ripropose nel dibattito dell'Assemblea Costituente. Durante la discussione relativa all'art. 51, tutte le Costituenti si opposero decisamente alla versione originaria della disposizione, nella quale si riconosceva la possibilità per le donne di accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive, ma "conformemente alle loro attitudini, secondo le norme stabilite dalla legge"<sup>3</sup>. Fu in particolare l'On. M. Federici ad evidenziare come solo nel concreto esercizio di un'attività lavorativa si possa verificare l'attitudine a svolgerla. Con le sue parole: "Poiché le attitudini non si provano se non con il lavoro, escludere le donne da determinati lavori significherebbe non provare mai la loro attitudine a compierli".

La Federici propose, quindi, una diversa formulazione (contenuta in un

---

competenze delle Costituenti, la stampa del tempo riportava notizie sull'abbigliamento, sul modo di truccarsi o se fossero o meno fumatrici

<sup>3</sup> Assemblea Costituente, seduta del 22 maggio 1947. Si veda M. D'Amico, *Una parità ambigua*, cit., 59.

emendamento presentato dall'On. C. Mortati) quella di “requisiti stabiliti dalla legge”, che fu poi accolta. Questa nuova formulazione, intanto, introduceva una riserva assoluta di legge e poi circoscriveva eventuali interventi limitativi alla previsione di elementi determinati e motivati dallo svolgimento di particolari attività. Il risultato conseguito fu quello di impedire che l'obiettivo di realizzare la parità tra i sessi venisse ancora una volta aggirato, costruendo una *barriera* all'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive<sup>4</sup>.

Qualche tempo dopo, il tema delle attitudini si ripresentò nella vicenda di un'altra donna tenace, protagonista di una nuova battaglia per parità tra i sessi, Rosa Oliva. Laureatasi in Scienze politiche nel 1958, la Oliva decise di presentare domanda per un concorso bandito dal Ministero dell'Interno<sup>5</sup>, domanda che venne puntualmente respinta, poiché l'accesso a questo tipo di carriera era riservato solo agli uomini. La Oliva impugnò il provvedimento di diniego del Ministero dell'Interno di fronte al Consiglio di Stato, che sollevò alla Corte Costituzionale una questione di legittimità costituzionale, relativa all'art. 7 della legge n. 7 del 1919 e al R. D. n. 39 del 1920, che vi dava attuazione. In particolare, per il Consiglio di Stato, l'art. 7 escludeva la possibilità che le donne potessero ricoprire impieghi pubblici “che implicano (...) l'esercizio di diritti e potestà politiche (...) secondo la specificazione che sarà fatta con apposito regolamento”, affidando ad una fonte secondaria la determinazione degli impieghi preclusi alle donne; ciò risultava in contrasto con gli art. 3.1 e 51.1 Cost<sup>6</sup>.

Elemento di interesse della vicenda di Rosa Oliva è il fatto che a patrocinare il suo ricorso di fronte alla Corte Costituzionale fu Costantino Mortati, che era stato suo professore all'università.

Mortati, forse timoroso di impostare la difesa sull'affermazione del principio delle pari opportunità dell'art. 51 Cost., preferì concentrarsi sul carattere assoluto della riserva di legge posta dalla stessa disposizione, rispetto alla quale non poteva lasciarsi ad un regolamento, quale era il R. D. n. 39 del 1920, il compito di stabilire quali fossero gli impieghi pubblici per i quali non era consentito l'accesso delle donne<sup>7</sup>. Diversamente da Lidia Poët, Rosa Oliva aveva, però, dalla

---

<sup>4</sup> Un'altra *barriera* era data dalla formulazione, contenuta nel testo originario, “secondo norme stabilite dalla legge”. Anche qui, l'On. M. Federici denunciò queste parole come *sospette*, perché da un lato tale riferimento appariva “ozioso, poiché tutte le disposizioni della Costituzione dovranno tradursi in norme di legge”; e dall'altro lato esso apriva la strada per introdurre limitazioni a danno delle donne, “all'unico fine di tagliare la via d'accesso a tutti gli uffici pubblici e alle cariche elettive”, che era, invece, proprio l'obiettivo dell'art. 51.

<sup>5</sup> Si trattava di un concorso pubblico a 48 posti di consigliere di terza classe della carriera amministrativa del personale direttivo dell'amministrazione civile dell'Interno.

<sup>6</sup> Corte Costituzionale 18 maggio 1960, n. 33, Cons. dir. n. 1. Sulla sentenza si vedano le considerazioni di B. Pezzini, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5, 2021.

<sup>7</sup> Corte Costituzionale 18 maggio 1960, n. 33, Fatto 4.

sua parte la solidità della Costituzione repubblicana e la presenza di un giudice chiamato a garantirne il rispetto. E proprio la Corte Costituzionale, tralasciando le argomentazioni tecniche di Mortati, scelse di fondare la propria decisione di incostituzionalità sulla violazione del principio della parità di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive. Si legge nella decisione che l'espressione "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" non significa che il legislatore ordinario possa dettare con piena discrezionalità norme relative al requisito del sesso, ma solo che "in casi determinati e senza infrangere il principio fondamentale dell'eguaglianza", possa considerare, "l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario," come una particolare situazione, una *condizione*, "che faccia presumere, senza bisogno di ulteriori prove, l'idoneità degli appartenenti a un sesso a ricoprire questo o quell'ufficio pubblico: un'idoneità che manca agli appartenenti all'altro sesso o è in possesso di costoro in misura minore", elemento questo che può "far ritenere che (...) l'efficace e regolare svolgimento dell'attività pubblica ne debba soffrire"<sup>8</sup>.

La Corte, in sostanza, ribalta l'impostazione della disciplina vigente, che faceva dell'esclusione delle donne dagli uffici pubblici la regola generale: quella esclusione, invece, deve essere l'eccezione, fondata su adeguate motivazioni.

4.2. Un'altra riflessione sollecitata dalla storia di Lidia Poët nasce dal riferimento alla *sensibilità* delle donne, a quelle "facoltà dello spirito" che la Corte di Cassazione, nella decisione con cui ha respinto il ricorso di Lidia, affermava essere prevalenti nelle stesse, rispetto agli uomini.

Una peculiare attitudine dello spirito femminile, si potrebbe dire, che viene letta, però, in negativo e che può costituire un intralcio, un impaccio, un impedimento al regolare esercizio della professione forense e degli uffici pubblici più in generale. O che, diversamente, può rappresentare una condizione per l'apertura verso interessi e bisogni che reclamano protezione e riconoscimento.

In questa prospettiva, si può richiamare la sentenza della Corte di cassazione sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601, che ha rigettato, in sede di appello, il ricorso di un padre contro il provvedimento che affidava in via esclusiva il figlio minore alla madre, in quanto convivente con un'altra donna, cui era legata da una relazione affettiva<sup>9</sup>. La presidente del Collegio, in questa occasione, si è fatta coraggiosamente portavoce dell'interesse del minore a crescere in un ambiente in cui potessero essergli garantite le prestazioni educative e di cura necessarie, non rilevando la circostanza che questo ambiente fosse caratterizzato dalla relazione omosessuale tra la madre e un'altra donna; dice la Corte: "Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche e dati di esperienza, bensì il mero pre-giudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere

<sup>8</sup> Corte Costituzionale 18 maggio 1960, n. 33, Cons. dir. 2.

<sup>9</sup> Corte di cassazione sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601

in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale”<sup>10</sup>. In sostanza, l’eventuale pregiudizio che può derivare dal fatto di trovarsi in un contesto omoaffettivo va provato, non potendosi dare “per scontato ciò che invece è da dimostrare”<sup>11</sup>. Si può dire che questa decisione abbia costituito uno dei punti di riferimento di quella copiosa giurisprudenza successiva, che ha riconosciuto possibile, in particolare, per il partner di una relazione omosessuale l’adozione del figlio biologico del convivente, seppur nella forma dell’adozione in casi particolari<sup>12</sup> e in presenza di determinati presupposti.

La peculiare *sensibilità* femminile, in questo caso, ha saputo cogliere quale fosse il reale interesse del bambino, facendosi strumento di ascolto e di protezione dei suoi bisogni, più che ostacolo al corretto svolgimento dell’ufficio pubblico di magistrato.

4.3. C’è un’ulteriore considerazione che la figura di Lidia Poët sollecita.

Si tratta della sua difesa del diritto di voto delle donne, una difesa che comincia, come ricordato, con la redazione della tesi di laurea, per poi sfociare nell’impegno civile come parte attiva all’interno di organismi nazionali e internazionali, quale il Consiglio Internazionale delle Donne.

Si è detto del suo atteggiamento moderato ma fermo e dell’esigenza da lei evidenziata di dotare le donne di una solida cultura per poter esprimere un voto libero e consapevole.

Qualche tempo dopo, la Costituzione repubblicana ha inequivocabilmente riconosciuto alle donne l’elettorato attivo, lasciando, forse, riecheggiare nella formulazione dell’art. 48 Cost. la difficoltà della conquista: “Sono elettori tutti i cittadini, *uomini e donne*, che hanno raggiunto la maggiore età”. Più lenta è stata l’evoluzione per l’elettorato passivo, per il quale, a partire dal 2003, la Corte Costituzionale ha, come è noto, inaugurato un nuovo corso, volto a dare effettività al principio della parità tra i sessi nell’accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive<sup>13</sup>.

L’ultimo tratto di questo lungo percorso giurisprudenziale è la recente sentenza della Corte costituzionale, 10 marzo 2022, n. 62, nella quale il giudice costituzionale era chiamato a valutare la disciplina normativa che regola la formazione delle liste per l’elezione del consiglio comunale nei comuni con meno di 5.000 abitanti<sup>14</sup>.

La questione sollevata atteneva alla carenza per i comuni di piccole dimensioni di meccanismi sanzionatori volti a garantire l’effettiva composizione

<sup>10</sup> Corte di cassazione sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601, p. 8.

<sup>11</sup> Corte di cassazione sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601, p. 8.

<sup>12</sup> Art. 44 d) legge 4 maggio 1983, n. 184.

<sup>13</sup> Nella prima decisione significativa in materia, la sentenza 12 settembre 1995, n. 422, la Corte aveva, invece, assunto un atteggiamento di forte chiusura ad ogni misura di promozione delle pari opportunità nell’elettorato passivo. A questa decisione era seguita la modifica dell’art. 51 Cost. (legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1) e il *renvirement* del 2003 con la sentenza n. 49.

<sup>14</sup> Corte costituzionale, 10 marzo 2022, n. 62. Si veda l’interessante commento di T. Groppi, *Il (ri-)equilibrio di genere alla prova della nuova “stagione” delle giustizia costituzionale italiana. Il caso dei piccoli comuni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15, 2022.

paritaria delle liste e, con essa, la possibilità di accesso delle donne ai consigli comunali. Di rilievo sono le parole della Corte, che si sofferma sul fatto che l'esigenza di prevedere misure sanzionatorie, a tutela del rispetto della partecipazione di entrambi i sessi alla competizione elettorale, è maggiore "proprio nelle realtà demograficamente più svantaggiate, «in cui è più difficile valorizzare il patrimonio umano e professionale delle donne»"<sup>15</sup>. E aggiunge che la disciplina vigente, proprio perché ha come effetto di "escludere dall'ambito di applicazione del principio di parità milioni di cittadine per il solo fatto di vivere in comuni di piccole dimensioni", non è solo contraria al principio della parità di genere ma si presenta priva di razionalità<sup>16</sup>. Il giudice costituzionale si fa, così, artefice del cammino verso l'eguaglianza tra i sessi, muovendosi su una strada che donne come Lidia Poët e Rosa Oliva gli hanno dato l'opportunità di percorrere.

Infine, un riferimento va fatto all'identità femminile e alle conseguenze negative che avrebbe avuto sulle "armonie della famiglia" la scelta di una donna di dedicarsi all'avvocatura.

Si tratta, ancora una volta, di un argomento con il quale le Costituenti si sarebbero scontrate nel dibattito in Assemblea, questa volta in riferimento al testo dell'art. 37 Cost.

In quella sede, si affermò da un lato il principio della parità retributiva, combattendo l'idea che il valore del lavoro della donna fosse inferiore al valore di quello dell'uomo. Toccò, di nuovo, all'On. M. Federici evidenziare l'esistenza di "una tendenza all'autosvalutazione" da parte della donna, poiché essa "ritiene secondario, semplicemente integrante, il lavoro suo e quindi il guadagno che le spetta, di fronte al salario del marito o capofamiglia"<sup>17</sup>.

Dall'altro lato venne in luce la questione della tutela della funzione familiare della donna lavoratrice. A riguardo, la formulazione originaria dell'art. 37 prevedeva che le condizioni lavorative delle donne avrebbero dovuto consentire alle stesse l'adempimento della loro *prevalente* funzione familiare. Era una formulazione che relegava la donna nelle sfere privata e interna, configurando quasi la sua attività lavorativa, quindi, esterna, come un'eccezione.

Si deve all'On. A. Moro la proposta, poi accolta, di sostituire l'aggettivo *prevalente* con *essenziale*<sup>18</sup>, sostituzione che valorizzava il ruolo familiare della donna, senza porre ostacoli ad una sua proiezione esterna. In quella circostanza, sempre l'On. M. Federici sottolineò come il carattere *essenziale* del ruolo della donna nella famiglia fosse visibile a tutti, svolgendosi in "un complesso grandioso di attività, il cui valore è notevolissimo anche dal punto di vista economico"<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Corte costituzionale, 10 marzo 2022, n. 62, Cons. dir. 1.4.

<sup>16</sup> Corte costituzionale, 10 marzo 2022, n. 62, Cons. dir. 1.4.1.

<sup>17</sup> Assemblea Costituente, seduta del 10 maggio 1947.

<sup>18</sup> M. D'Amico, *Una parità ambigua*, cit., 65.

<sup>19</sup> Assemblea Costituente, seduta del 10 maggio 1947.

Questa duplice, eguale attenzione delle Costituenti per la dimensione familiare e per quella lavorativa delle donne andava e va letta come necessità di garantire un equilibrio tra le stesse, evitando di porre le donne di fronte alla scelta, tanto difficile quanto odiosa, tra la famiglia e il lavoro. A riguardo, sempre l'On. M. Federici aveva opportunamente osservato come l'identità femminile ricomprende sicuramente i compiti, per così dire *naturali* della donna, come l'accudimento e l'educazione dei figli, o quelli *tradizionali*, come "il governo della casa"; quella stessa identità, tuttavia, può ben riempirsi di altri contenuti, laddove essa abbia così scelto e deciso, "seguendo il suo spontaneo desiderio, guidata dalla sua educazione o da altri elementi di valore spirituale, mai per ragione di ingiustizia, che la offende profondamente"<sup>20</sup>.

Sono parole bellissime e sempre attuali, che hanno segnato il difficile cammino verso l'eguaglianza tra i sessi; e sono parole che, piace pensare, anche l'avvocata Lidia Poët avrebbe fatto proprie, nell'affrontare la sua lunga e tenace battaglia.

---

<sup>20</sup> Assemblea Costituente, seduta del 22 maggio 1947.



*Hanno collaborato a questo numero:*

Nicola Brignoli

*Dottorando di ricerca in scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

Riccardo D'Ercole

*Avvocato e dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Macerata*

Alessandro Fricano

*Dottorando di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi del Molise*

Edoardo Giardino

*Professore associato di diritto amministrativo presso la Libera Università "Maria SS. Assunta" LUMSA*

Chiara Gioè

*Professoressa aggregata di giustizia tributaria presso Università degli Studi di Palermo*

Federico Francesco Guzzi

*Ricercatore di tipo B di diritto amministrativo presso l'Università della Calabria*

Laura Lorello

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo*

Laura Maccarrone

*Ricercatrice confermata di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania*

Francesco Manganaro

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria*

Renata Pepe

*Dottoranda di ricerca in diritto pubblico dell'economia presso l'Università La Sapienza di Roma*

Pier Luigi Portaluri

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università del Salento*

Antonio Ruggeri

*Professore emerito di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Messina*

Anna Simonati

*Professoressa ordinaria di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Trento*

Giulia Torta

*Assegnista di ricerca in filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Palermo*

Giuseppe Tropea

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria*

Francesco Zammartino

*Professore associato di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Napoli "L'Orientale"*

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI OTTOBRE 2022  
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI